II UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO

1. *Scritti in memoria di Pietro Gismondi* - Vol. I (1987) - Vol. II (1991) - Vol. III (1988).
2. LEANZA U. (a cura di), *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo* (1987).
3. LEANZA U. (a cura di), *Costituzione dello Stato e norme internazionali* (1988).
4. PEZZINI B., *Il Bundesrat della Germania Federale* (1990).
5. LILLO P., *Concordato, « accordi » e « intese » tra lo Stato e la Chiesa cattolica* (1990).
6. LILLO P., *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio"* (1992).
7. MANGIAMELI S., *Le materie di competenza regionale* (1992).

SEZIONE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

1. CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile* (1995).

SEZIONE DI STORIA E TEORIA DEL DIRITTO

1. CARDILLI R., *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)* (1995).

II UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Sezione di Storia e Teoria del Diritto

1

RICCARDO CARDILLI

L'OBBLIGAZIONE DI « PRAESTARE » E LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE IN DIRITTO ROMANO

(II SEC. A.C. - II SEC. D.C.)

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1995

ISBN 88-14-05234-4

Questo libro è stato pubblicato con i contributi
del Consiglio Nazionale delle Ricerche
e del Dipartimento di Storia e Teoria del Diritto
dell'Università di Roma 'Tor Vergata',
ricerca MURST 60%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Al mio Maestro
Professor Sandro Schipani
con riconoscenza e affetto

Esprimo la più profonda gratitudine
ai Professori Giovanni Pugliese e Rolf Knütel
per il costante incoraggiamento e i preziosi consigli

Ringrazio Aldo Petrucci e Antonio Saccoccio
per l'aiuto datomi nella correzione del volume.

INDICE

INTRODUZIONE

IL *PRAESTARE* E LA 'RESPONSABILITÀ' MODERNA

CAPITOLO I

L'INADEMPIMENTO NEI FORMULARI DI VENDITA E DI LOCAZIONE DEL *DE AGRICULTURA* DI CATONE: IL CONTENUTO 'COMPLESSO' DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO IN ESSI REGOLATO E L'ASSENZA DI UN *PRAESTARE*

CAPITOLO II

IL *PRAESTARE* NEL SENSO DI « *STARE PRAES* » COME LOCUZIONE NEL LATINO GIURIDICO DEL II SEC. a.C.

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEL *PRAESTARE* IN QUINTO MUCIO SCEVOLA: L'EMERSIONE DI MODELLI DI COMPORTAMENTO IDONEI A VALUTARE L'INADEMPIMENTO ED IL 'NUOVO' GIUDIZIO SULLA *CULPA*

CAPITOLO IV

L'INADEMPIMENTO NEI RESPONSI DELLA SCUOLA SERVIANA: IL *PRAESTARE* DI ALCUNE FIGURE DI CONTRAENTI SOCIALMENTE ED ECONOMICAMENTE INDIVIDUATE (*COLONUS, CONDUCTOR MERCIUM VEHENDARUM*) ED IL *PRAESTARE* DEL PROPRIETARIO

Capitolo V

L'INADEMPIMENTO IN LABEONE: *DOLUM ET CULPAM PRAESTARE* E *PERICULUM/O MEUM/O (TUUM/O..) ESSE* COME REGOLE DISTINTE, FONDANTI L'*ACTIONE TENERI*

Capitolo VI

IL TENTATIVO DI ELABORARE UN CONTENUTO DEL *PRAESTARE* VIRTUALMENTE ILLIMITATO: IL CONTRIBUTO DI PROCULO

Capitolo VII

LA MATURAZIONE NEL DIRITTO CLASSICO DELLA REGOLA *CASUS A NULLO PRAESTANTUR*: LA CONCEZIONE SABINIANA ALLA BASE DELLA *REGULA IURIS* DI D.50,17,23

Capitolo VIII

CELSO FIGLIO, LA DELIMITAZIONE DEL *PRAESTARE* E LA RISISTEMAZIONE DEI SUOI CONTENUTI: *DOLUS, CULPA, DILIGENTIA* E *CUSTODIA*

Capitolo IX

CASUS A NULLO PRAESTANTUR IN GIULIANO

Capitolo X

LA RISISTEMAZIONE DEI CONTENUTI DEL *PRAESTARE* E L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO: GAIO

INTRODUZIONE

IL *PRAESTARE* E LA 'RESPONSABILITÀ' MODERNA

1. *Il progressivo mutamento del significato del* praestare *nella tradizione romanistica: da oggetto dell'*obligatio, *accanto al* dare *e al* facere *nella giurisprudenza classica, alla 'responsabilità' dei moderni.*

Rispetto all'inadempimento dell'obbligazione, si incontra nelle fonti, accanto all'*actione teneri* (formula che esprime attraverso la soggezione all'azione l'idea romana di 'rispondenza/responsabilità' (1)), una locuzione, il *praestare*, la quale sembra avere

---

(1) Fondamentale a riguardo G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano (1939), Giuffrè, pp. 294 sgg., il quale critica l'uso non storicamente vagliato e precisato della distinzione tra *Schuld* e *Haftung* nel diritto romano, che aveva trovato largo seguito dal contributo del Brinz (*Obligatio*, in *Grünh.Z.*1 (1874), pp. 11-40); vd., ad es., per la discussione apertasi in Italia: S. Perozzi, *Le obbligazioni romane (Prolusione letta il 14 Aprile 1902)*, Bologna (1903), Zanichelli, pp. 14-15; pp. 58 sgg. (dove questo A., ricorrendo alla distinzione, ritiene però di individuare la peculiarità dell'obbligazione, rispetto ad altri doveri del *civis Romanus*, proprio nella particolare situazione in cui egli si viene a trovare se *obligatus*, « condizione personale » come tale, allo stesso modo in cui « si è gentili o clienti, liberi o servi, i romani dicevano: si è nexi »; p. 65); P. Bonfante, *Corso di diritto romano IV. Le obbligazioni*, Rist. a cura di G. Bonfante-G. Crifò, Milano (1979), Giuffrè, pp. 26 sgg.; A. Marchi, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in BIDR.29 (1918), pp. 5-60; G. Pacchioni, *Concetto e origini dell'obligatio romana*, in F.K. von Savigny, *Le obbligazioni*, trad. it., Torino (1912), Utet, I, pp. 642-662; Id., *Trattato delle obbligazioni*, Torino (1927), Bocca, pp. 1-47; R. de Ruggiero, *Le obbligazioni (parte generale). (Corso di lezioni di diritto romano)*, Napoli (1921), Sangiovanni, pp. 40-45; E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano (1955), Giuffrè, pp. 3-6; pp. 42 sgg.; *Istituzioni di diritto romano* I, Padova (1947; rist. inalt.), Cedam, pp. 241 sgg.; per una riconsiderazione di tutto il problema vd. altresì *Teoria generale delle obbligazioni II. Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano (1953), Giuffrè, pp. 28-93; E. Albertario, *Le obbligazioni (Corso di diritto romano)*, I, Milano (1936), Giuffrè, pp. 66 sgg.; G.I. Luzzatto, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano (1934), Giuffrè, vd. per le premesse pp. 9 sgg.

un ruolo centrale nella ricostruzione del problema della 'responsabilità' contrattuale nel diritto romano in base ai contesti nei quali spesso ricorre. Perciò si spiega la necessità di capire se, al di là del rapporto tra *praestare* e *actione teneri*, possa annidarsi un equivoco nella concezione moderna della 'responsabilità' come adeguata ad esprimere ciò che i romani intendevano con questo verbo.

Le Istituzioni di Gaio (*Gai.* IV, 2) e di Paolo (D.44,7,3 pr.) sono concordi nel descrivere l'oggetto dell'obbligazione romana con i tre verbi: *dare, facere* e *praestare.* Lo stesso schema, con aggiunto il *restituere*, leggiamo nella *Lex de Gallia Cisalpina* (22, l.31) del 49-42 a.C. (FIRA I[2], p. 174) e nella *Lex Irnitana* (cap. 79 l.50) dell'età di Domiziano. Le fonti appena menzionate dimostrano come, attraverso tradizioni indipendenti, i testi giuridici ci tramandano dal I sec. a.C. al III sec. d.C. un'omogenea nozione del *praestare* come oggetto dell'obbligazione.

La scienza romanistica ha, però, difficoltà a raggiungere un accordo in relazione a cosa la giurisprudenza intendesse con il *praestare*, ed in particolare se questo verbo potesse avere una propria specificità rispetto al *dare* e al *facere* (2). I problemi a cui lo storico del diritto romano va incontro, d'altronde, sono comprensibili, se si pensa che questa particolarità semantica, che permetteva al verbo di affiancarsi e non annullarsi nel dare, nel fare e nel non fare, se realmente esistente, risulterebbe già dimenticata dagli *antecessores* bizantini che realizzano la compilazione giustinianea.

Le *Inst.* (IV, 6, 1), così come la Parafrasi di Teofilo (IV, 6, 1), nei paragrafi corrispondenti a *Gai.*IV, 2, parlano solo di *dare*, di *facere* e di *aliis quibusdam modis* o di « δοῦναι ποιῆσαι »; alcuni Scolii ai Basilici, altresì, testimoniano come i maestri bizantini non traducessero univocamente il *praestare* che ricorreva in uno stesso frammento di un giurista classico, rendendolo ora come « essere richiesto per qualcosa → rispondere di qualcosa » (ἀπαιτεῖσθαι; Cir. sc. Ἔντα a μόνον τοῦ δεδωκότος; B.13,1,5,2 = D.13,6,5,2), ora come « essere tenuto » (κατέχεσθαι; Stef. sc. Σημείωσαι a εἰ δὲ μισθὸν ἔλαβεν; B.13,1,5,2 = D.13,6,5,2) (3).

Il silenzio della Glossa accursiana potrebbe, invece, essere interpretato, dati i fini specifici del lavoro dei glossatori, come il sintomo di un riconoscimento del significato del *praestare* accanto al *dare* e al *facere*, che non sollecitava alcuna spiegazione. Però, sebbene in questo caso la lingua utilizzata non ponesse all'interprete problemi immediati di traduzione, all'uso del *praestare* non si accompagna mai una chiara percezione del problema. Per i maestri di Bologna il riconoscimento di un *culpam praestare* o di un *diligentiam praestare* significa sempre riconoscimento del vincolo, dell'assoggettamento del debitore alle conseguenze dell'inadempimento (gl. « *contractus* », *l. Quidem contractus, ff.de div.reg.iuris* [D.50,17,23]; gl. « *praestari* », *l. Aliud est capere, ff. de verb. sign.* [D.50,16,71,1]).

In questo periodo si ricorre frequentemente al verbo *teneri* che, già presente nei testi dei giuristi dell'età preclassica e classica in relazione alla soggezione del convenuto all'azione, viene ad esprimere mano a mano l'assoggettamento *tout court* del debitore alle conseguenze dell'inadempimento (4). La reinterpretazione del *praestare* come *teneri* è evidente anche in Bartolo da Sasso-

La critica del Pugliese ha trovato largo seguito nella dottrina successiva, sì da potersi considerare come acquisita; vd. per tutti G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino (1966[3]), Giappichelli, p. 5; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München (1971[2]), Beck, pp. 483; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell'obligatio* I, 1, Milano (1969), Giuffrè, pp. 4 sgg.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in ED. XXIX (1979), pp. 20-22.

(2) Per la discussione sul punto cfr. *infra* pp. 8 sgg.

(3) D'altro canto nei passi dei Basilici corrispondenti a D.44,7,3 pr. (=B.52,1,3 pr.) e a D.21,2,31 (=B.19,11,29) non si rende più il *praestare* latino.

(4) Cfr. ad es. Azo, *Brocardica aurea*, Torino (1967), rist. anast. ed. Neapoli (1568), f. 116 (p. 231) ed il *Tractatus de diligentia et dolo et culpa et fortuito casu*, probabilmente precedente al 1170, edito da G. DOLEZALEK in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festg. Coing 70. G.*, Frankfurt am Main (1982), Klostermann, pp. 87-101 (introduzione), pp. 102-119 (testo). Sul problema terminologico-concettuale da noi posto non si soffermano D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità nell'età dei glossatori*, Milano (1957), Giuffrè; H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main (1960), Klostermann; H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlin (1968), De Gruyter.

ferrato, il quale nel commentare D.13,6,5,2 afferma che « *de casu vero fortuito q(uis) n(on) tenet(ur) nisi (con)ve(n)tio ... vel culpa p(rae)cede(n)s aliud inducat* » (5), ed ancora, rispetto alla famosa costituzione di Alessandro Severo del 225 d.C. riportata in C.4,24,6, rende il « *quae fortuitis casibus accidunt... nullo bonae fidei iudicio praestantur* » del testo imperiale con « *creditor non tenetur de casu* » (6). In questo esempio, e negli innumerevoli che potrebbero a questo aggiungersi, l'operazione interpretativa, coerentemente al metodo e alle finalità del giurista medioevale, si limita ad una rilettura degli effetti del riconoscimento del *praestare* in termini di *teneri*, senza che si renda esplicita la questione di cosa i romani intendessero con esso.

Bisogna aspettare il commentario del Donello per cogliere un accenno esplicito alla questione. In particolare nel VII capitolo del XVI libro dei suoi *Commentarii juris civilis*, dal titolo « *De culpa. Quid sit, et quotuplex: tum quibus in contractibus praestanda sit, et quatènus* » (7), il giurista della scuola Culta, dopo aver trattato i *genera* della *culpa* (coll. 662-682), si domanda « *quid... in unoquoque contractu sit praestandum* ». In particolare egli ritiene che ciò significhi: « *cujus culpae nomine debitor teneatur, aut non teneatur: ut si tenetur, non liberetur, quamvis res debita sine dolo malo ejus perierit, aut deterior facta sit: si non tenetur, liberetur...* » (8). E ancora nel Commentario al Codice rispetto alla costituzione di Alessandro Severo (C.4,24,6) sopra ricordata questo Autore nota che: « *casum fortuitum non praestari locutio est nostris usitata, sed ad aliquid novum, proinde et observanda est. Dicere solemus in commodato, in pignore, et in omnibus contractibus, in quibus utriusque et creditoris et debitoris, aut solius debitoris utilitas versatur, dolum et culpam*

(5) *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, in *Opera Omnia* ed. Venetiis (1575), II f. 76, col. 1 , lex V, § *nunc videndum*; f. 76, col. 3, § *sed interdu(m)*.

(6) *In primam Codicis partem commentaria*, in *Opera Omnia* cit., VII, f. 140, col. 4, lex V, § *quae fortuitis*.

(7) Cito dall'*Opera Omnia* ed. Maceratae (1830), cum notis O. Hilligeri, IV tomo.

(8) *op. ult. cit.*, col. 682; in termini analoghi rispetto al *praestare* del depositario col. 685-686 e del socio col. 692-693.

praestandam esse, casum fortuitum praestandum non esse, L.*si ut certo*, § *nunc videndum*, D. *commod.* [D.13,6,5,2]. *Haec omnia uno sensu. sed dicimus praeterea in his omnibus diligentiam esse praestandam... Hoc vero, ne erremus, eodem sensu non dicitur. Diligentiam praestandam esse cum dicimus, significatur diligentiam esse adhibendam: hoc sic explicatur in* § *item is*, vers. *at si et*, § ult. Instit. \ *quibus modis re contr. obligat.* [Inst. III,14,2]. *Cum autem dicimus dolum, culpam, casum praestari, contrarium significatur. nos non dicimus adhibendum esse dolum, adhibendam esse culpam, aut adhibendum casum, sed contra significatur, haec omnia removenda esse, et propter haec debitorem teneri. Quid ergo his verbis intellegimus? respondeo: dolum culpam casum fortuitum praestare locutio est non propria, sed « figurata » ubi caussa ponitur pro effectu*, μετωνυμικῶς; *dolus pro damno dolo dato, culpa pro damno culpa dato, casus pro damno quod casu fortuito contingit. Itaque hic sensus est: culpa et dolus praestanda sunt, id est damna et culpa dolo contingentia praestanda sunt. item casus fortuitus praestandus non est, ... casus fortuitos non praestari, haec sententia exprimitur, si res casu fortuito vel perempta, aut amissa, vel deterior facta sit, debitorem non teneri, sed eatenus liberari* » (9).

Donello cerca di chiarire cosa si debba intendere per « *quid praestandum esse* » e per « *quid praestandum non esse* ». In particolare si devono accentuare due profili del suo ragionamento: da un lato si coglie una differenza tra le formulazioni che vedono come oggetto del *praestare* il *dolus*, la *culpa* e il *casus*, rispetto a quelle che parlano di *diligentiam praestare*; d'altro lato si instaura un diretto ed immediato rapporto tra il *praestare* ed il *teneri*.

Riguardo al primo profilo la rilevata « metonimia » delle formulazioni con il dolo, la colpa ed il caso è data proprio dal passaggio dall'effetto (il danno prodottosi per *dolus, culpa et casus*) alla « *causa* » (appunto il dolo, la colpa ed il caso) degli oggetti del *praestare*. Mentre, quindi, nel caso del *diligentiam*

(9) *Commentarii in Codicem Iustiniani*, cito da *Opera omnia* ed. Maceratae (1830), tomo VIII, coll. 31-32.

praestare si tratta di un comportamento che il debitore è obbligato a tenere, nelle *locutiones figuratae* il legame col comportamento del debitore è indiretto ed eventuale, in quanto in esse si pone l'accento indirettamente sul profilo negativo del comportamento (dolo e colpa) o addirittura se ne prescinde (caso) (10).

Lo sforzo di chiarire il significato di queste espressioni, che ricorrono frequenti nelle fonti romane, porta altresì il Donello ad individuare ed esplicitare un legame concettuale molto stretto tra il *praestare* ed il *teneri*, legame che si evidenzia quando al riconoscimento di un *quid praestare* corrisponde un *teneri*, e a un *quid non praestare* un *liberari*. Il riconoscimento di un *praestare* può significare, allora, in relazione a concetti che esprimono eventualmente ed indirettamente il vero oggetto del *praestare*, solo il mantenimento del vincolo che astringe il debitore al creditore, cioè il *teneri*, più che il comportamento a cui si è tenuti.

Si fissa in questo modo un collegamento molto stretto tra i due verbi, collegamento di natura semantica che sarà il presupposto logico dell'interpretazione, dominante nel passaggio dal latino alle lingue moderne, del *praestare* come *haften*, *verantwortlichen*, *répondre*, rispondere, *to respond* etc. e trova conferma nel significato 'smaterializzato' che questi verbi (alcuni dei quali derivanti dal latino *respondere* (11)) assumono al loro primo apparire in contesti giuridici (diritto pubblico e diritto privato) (12).

(10) Nello stesso senso G. PROUSTEAU, *Recitationes ad Leg. XXIII Contractus Dig. de reg. juris*, in *Novum Thes. Jur. Civ. et Can.* (G. MERRMANN), ed. Hagae-Comitum (1752), Petrum de Houdt, III, pp. 497-498.

(11) Sulla etimologia di « rispondere »/« responsabilità » da « *respondere* » vd. M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *A.Phil.Dr.* 22 (1977), pp. 46-47 [=in *La responsabilité à travers les Ages*, pp. 76-77]; S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti Copanello (1990), pp. 161-170.

(12) Per un primo riferimento vd. ad es. G.V. PROSCHWITZ, *Responsabilité: l'idée et le mot dans le débat politique du XVIIIe siècle*, in *Actes du Xe Congrès international de linguistique et philologie rom. (Strasbourg 1962)*, I, Paris (1965), pp. 385 sgg. [con alcuni ampliamenti in *Idées et Mots au Siècle des Lumières, Mél. G.V. Proschwitz*, Göteborg-Paris (1988), pp. 79 sgg.]; J. HENRIOT, *Note sur la date et le sens du mot 'responsabilité'*, in *A.Phil.Dr.* 22 (1977), pp. 59-62; M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *ibid.*, pp. 45-58 [= in *La responsabilité à travers les Ages*, pp. 75-88]; S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità*, in *Illecito e pena privata* cit., pp. 129 sgg. in particolare pp. 159-187; G. VINEY, *La responsabilité*, in *A.Phil.Dr.* 35 (1990), pp. 275 sgg.

Questi termini vengono ad esprimere, infatti, null'altro che uno « stato di soggezione » (13), che indicherebbe un « accollo di conseguenze » senza un giudizio sulla condotta, nient'altro volendo significare che il profilo della « sopportazione delle conseguenze » (14). Proprio la separazione e l'indipendenza tra i presupposti del riconoscimento di questo stato di soggezione e lo stato di soggezione stesso, per « i quali essa [sc.responsabilità] non offre indicazioni » (15), permette di evidenziare, insieme con il riconoscimento di un significato più antico della 'responsabilità', che in sostanza ricalcherebbe quell'area semantica propria del *teneri* di Donello (16), una differenza fondamentale con il moderno uso di questo concetto.

Tutto questo è, altresì, la condizione primaria della maturazione di un concetto moderno di prestazione tutto centrato sul comportamento a cui il debitore è obbligato, includente anche il non fare (17). A riguardo può, infatti, legittimamente affermarsi che il problema del *praestare* come oggetto dell'*obligatio* romana diverso dal *dare* e dal *facere* sia un problema tipicamente moderno, nel senso che esso si pone come tale solo nella scienza giuridica del XIX e del XX secolo, quando, appunto, la rilettura del *praestare* come *teneri*, *haften*, rispondere etc. e la nozione di prestazione costruita tutta sul dare, fare e non fare impongono una riconsiderazione del terzo elemento che i giuristi romani richiamano nella *substantia obligationum*.

(13) E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni II. Struttura* cit., pp. 31-32.

(14) S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., p. 187; il VILLEY parla di « rôle accidental de la faute »; *Esquisse historique sur le mot responsable* cit., pp. 50-52 [=pp. 79-81]; così anche G. VINEY, *La responsabilité* cit., p. 281.

(15) S. SCHIPANI, *op. ult. cit.*, p. 187.

(16) Per un esempio vd. LE BRUN, *Essai sur la prestation des fautes*, Paris (1764), in J. POTHIER, *Oeuvres* a cura di M. BUGNET, II, Paris (1848), pp. 503-526.

(17) In proposito, è paradigmatica la definizione dell'oggetto dell'obbligazione data dal POTHIER, così carica di significati per la storia del diritto europeo codificato, nel senso esclusivo di un *dare* e di un *facere*; *Traité des obligations*, in *Oeuvres* a cura di M. BUGNET, II, Paris (1848), p. 61. Sul valore della sistematica romana dell'oggetto dell'obbligazione in rapporto al diritto odierno vd. G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., pp. 34-35.

Senza volere in questa sede fornire un quadro esaustivo della discussione venuta emergendo sul punto dal contributo del MAREZOLL in poi (18), ritengo si debbano segnalare alcune posizioni significative.

(18) *Über Dare, Facere und Prästare als Gegenstand der Obligationen*, in *Rhein.Z.* 10 (1837), pp. 219-312, in particolare sul *praestare* pp. 273 sgg. L'ipotesi del MAREZOLL, in base alla quale il verbo avrebbe espresso nel linguaggio dei giuristi « die gegenseitigen Leistungen aus bonä fidei Judiciis » (p. 310), trovava la sua premessa nel fatto che il *praestare* non ricorreva nelle *intentiones* delle azioni *in personam* (p. 309). Da ciò la necessità di precisare il rapporto tra il QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA e la notizia gaiana che affianca al *dare* e al *facere* il *praestare*. Per questo A. la contraddizione si spiega in quanto la formulazione edittale non sarebbe che una « formelle Umschreibung » del *praestare* (p. 309). L'esigenza di esprimere con un verbo diverso dal *dare* e dal *facere* l'oggetto dell'obbligazione, sarebbe emerso quando alle azioni di stretto diritto si aggiunsero quelle fondate sul *bonum et aequum*, le quali, per prime, diedero tutela a rapporti obbligatori con prestazioni corrispettive (pp. 309-310). Così per questo A. una volta aggiuntosi il *praestare* alle prime due forme di prestazioni, la caratteristica delle quali era quella di essere le possibili specie di prestazioni unilaterali, si creerebbe anche l'ultimo tipo di prestazione oggetto dell'obbligazione (p. 310). Per il Marezoll, quindi, il *praestare* non si annullerebbe nel *dare* e nel *facere*, ma esprimerebbe non solo qualcosa di più ampio (il *dare* ed il *facere* insieme), ma anche qualcosa di diverso strutturalmente, in quanto concetto teso a dare una formulazione unitaria e onnicomprensiva dell'oggetto dell'*obligatio* nei rapporti obbligatori a prestazioni corrispettive. Proprio in questa particolarità non vi sarebbe « Widerspruch » con il contenuto delle *intentiones* delle azioni *in personam*, in quanto in esse questo oggetto complessivo verrebbe descritto dal punto di vista dell'obbligazione unilaterale che lega il contraente-convenuto a quello attore.

Un significato del *praestare*, distinto e in parte contrapposto al *dare* e al *facere*, propongono invece il PUCHTA (*Cursus der Institutionen*, Leipzig (1881 [9]), Breitkopf u. Härtel, I, p. 489) e il SAVIGNY (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin [1841; 2. Neudruck Aalen 1981, Scientia], V, pp. 598-604); i quali ritengono che in realtà Gaio parlasse delle *intentiones* di tutte le azioni *in personam*, e quindi anche di quelle *ex delicto*. E proprio a queste andrebbe riferito il *praestare*, che esprimerebbe in sostanza il *damnum decidere* (per il PUCHTA i romani potrebbero aver compreso sotto le obbligazioni *ad praestandum* anche le obbligazioni tutelate con azioni *in factum*; *op. ult. cit.*, I, p. 489 n.aa.). Il fatto che Gaio utilizzi il *praestare* al posto di quest'ultima formulazione (*damnum decidere*) sarebbe coerente con gli usi dell'epoca, come ad esempio in Afr. D.47,2,62 (61) pr.; 3;5; F.K. VON SAVIGNY, *op. ult.cit.*, V, p. 601 n.b.

Rispetto a queste ipotesi possono però avanzarsi delle riserve: la tesi del Marezoll non riesce infatti a dare conto della presenza del *praestare* in rapporti obbligatori unilaterali e non tutelati con *iudicia bonae fidei*; quella del Savigny e del Puchta si dimostra a sua volta inadeguata a spiegare perché questo verbo ricorre nelle fonti non tanto in relazione a fattispecie delittuali, quanto proprio in relazione alle *obligationes ex contractu*.

Così HUSCHKE (19), che in un secondo momento aderirà alla tesi del Savigny (20), in un primo tempo, ritiene che il *praestare* in *Gai.* IV, 2 esprimerebbe soltanto « *mittelbaren, ... eventuellen Gegenstände des Verpflichtetseins* », ed in particolare l'impegno del debitore a non rendere impossibile attraverso un comportamento commissivo o omissivo il *dare* o il *facere* sostanziale, pena la prestazione dell'interesse. Ciò andrebbe spiegato in quanto, mentre nei rapporti di stretto diritto il debitore è obbligato alle « prestazioni materiali » (« *Sächlichen* ») di *dare* e di *facere*, nei *negotia bonae fidei* egli sarebbe obbligato « *von der Person aus* (ex fide) *zu dem Sächlichen* ». Ciò chiarirebbe altresì perché il *praestare* sarebbe usato indifferentemente sia in relazione alla *culpa*, sia in relazione all'*id quod interest* (p. 251).

In sostanza quando il debitore renda impossibile il *dare* o il *facere*, o semplicemente non adempia alla sua obbligazione, si avrebbe automaticamente l'azione di risarcimento; quindi il *praestare oportere* non sarebbe altro che « *die Obligation als Klage* », « l'obbligazione come azione », l'obbligo a lasciarsi condannare, in definitiva il *condemnari oportere*, il quale si contrappone proverbialmente al *dare facere oportere* (p. 252). Per Huschke la differenza tra *praestare oportere* e *condemnari oportere* sta nel fatto che il secondo esprimerebbe il primo nella sua forma determinata in un processo già introdotto (p. 253 n.6). L'assenza del *praestare* nell'*intentio* formulare di queste azioni sarebbe allora da ricollegare proprio alla determinatezza della *condemnatio*, perché, altrimenti, il *condemnari oportere* illogicamente avrebbe finito per essere il presupposto di se stesso (p. 253). Anche per questo, oltre che per problemi di tradizione testuale, la formulazione gaiana non avrebbe contenuto allora, per questo A., il *praestare* come parte dell'*intentio* (p. 254).

Si vede come nel pensiero di Huschke, a prescindere da ulteriori considerazioni non necessarie in questa sede, si crei un lega-

(19) *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in *ZgR.* 13 (1846), pp. 248 sgg.

(20) Su quest'ultima vd. *supra*, n. 18. Per la nuova posizione di HUSCHKE vd. *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae (1886 [5]) Teubner, p. 344 n. 4.

me semantico tra il *praestare* e la soggezione alla condanna, venendosi quindi a fissare uno dei presupposti della sua interpretazione in chiave di *Haftung*. Questo collegamento rappresenta indubbiamente il punto di partenza, a differenza di altre ipotesi prospettate in quegli anni (21), per la riconsiderazione del *praestare* come 'responsabilità' da cui muoveranno le indagini successive.

Tra le posizioni che in parte anticipano alcune ipotesi degli autori del '900 ha un importante ruolo anche la tesi del JHERING, nella quale i fermenti e gli spunti degli scritti precedenti trovano espressione nella equivalenza da questo Autore propugnata tra *praestare* e *Haftung*. JHERING dedica al problema alcune pagine di un suo *Vorrede* (22), nelle quali si rileva che il verbo *praestare*, coerentemente alle ipotesi etimologiche dell'epoca, avrebbe un legame sostanziale ma non linguistico con la parola *praes* (p. XXIV-XXV). In sostanza il concetto *praestare* coinciderebbe con il moderno concetto di *Haftung*, e costruirebbe per questo il concetto opposto alla *Verpflichtung* in senso stretto. Jhering prende come esempio l'obbligazione del venditore: egli è obbligato alla *traditio* della cosa, ma « risponde » (*haftet*) per la *Eviktionsleistung*, per i vizi della cosa e per il dolo e la colpa. Ciò vorrebbe dire che mentre in relazione all'oggetto iniziale il suo obbligo sarebbe « incondizionato » (*unbedingte*), e perciò noi indicheremmo la sua esecuzione come prestazione, in relazione alle restanti prestazioni l'obbligo sarebbe « condizionato » (*bedingte*), ed in

(21) Per il RUDORFF (*Über die Pfandklagen*, in ZgR.13 (1846), pp. 181 sgg.), invece, *praestare* significherebbe « Sicherheitsbestellung », e ciò sia nel senso della *satis datio* (*praedes dare*...), sia in quello delle altre *repromissiones* (p. 187 n. 9). Questo A. accentua proprio l'aspetto della « garanzia », aspetto che trova un importante punto di riferimento nella figura dei *praedes*. Lo SCHILLING, a sua volta, accentua i diversi significati del verbo, vuoi come *dare* e *facere* insieme, vuoi come « Leistung des Interesse », vuoi come « Nebenleistung », vuoi infine come « Haften oder Einstehen für die Folgen einer Handlung oder Begebenheit » (*Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig (1846), Barth, III, p. 5 continuazione n.t). Per il BRINZ, infine, esso significherebbe « Eigenthums- und zwar Geldverschaffung », « Ersatzleistung » e in generale « Leisten » (*Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen (1879 ²), Deichert, II.1, § 238, p. 92).

(22) *Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stiefen seiner Entwicklung*, Leipzig (1888 ⁴), Breitkopf u. Härtel, III, pp. XXIV-XXVI.

particolare condizionato a che accada qualcosa che non doveva accadere, o emerga qualcosa (come un vizio) che non doveva esistere; l'esatta descrizione del conseguente obbligo non sarebbe quindi la prestazione, ma il 'tenere indenne', il « risarcimento » (*Schadloshaltung*). Mentre nel primo caso l'obbligazione avrebbe un contenuto « positivo », nel secondo avrebbe un contenuto « negativo ». In sostanza, per indicare questo aspetto negativo dell'obbligazione i moderni userebbero il termine *haften*, mentre i romani usavano la parola *praestare* (p. XXV). Ciò spiegherebbe anche perché questi ultimi avrebbero posto insieme al *dare* e al *facere* il *praestare* come oggetto dell'obbligazione (p. XXVI).

La varietà delle posizioni assunte dalla dottrina tedesca viene a riflettersi in parte nei lavori dei romanisti italiani che all'inizio del '900 affrontano la questione del significato del *praestare*, accanto al *dare* e al *facere*, come oggetto dell'obbligazione. Così mentre il PACCHIONI, seguendo il filone inaugurato da Huschke, e sviluppato da Jhering, intende il *praestare* come « rispondere » (23), il FERRINI gli riconosce il significato di « obbligazione di risarcimento dei danni » (24). D'altronde già il FADDA aveva avvertito che il *praestare* non ha nelle fonti un « carattere determinato, ed il suo significato vero » bisognerebbe « ricercarlo nel caso concreto » (25).

In questo contesto si inserisce l'ipotesi del BONFANTE, il quale riconoscendo anche dal punto di vista linguistico un legame tra *praestare* e la figura del *praes*, avvalora maggiormente una sua interpretazione in termini di 'responsabilità' (26). In particolare per questo A. il *praestare* sostituirebbe il *dare* ed il *facere*, significando « in generale l'adempimento dell'obbligazione, qualunque sia il suo oggetto, ond'è precisamente questo termine che ha

(23) *Concetto e origini dell'obligatio romana (Appendice I)* in F.K. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. Torino (1912), Utet, I, p. 655 n. 3.

(24) *Teoria generale delle obbligazioni (Corso di lezioni 1899-900)*, Pavia, ed. Bruni, p. 44.

(25) *Teoria generale delle obbligazioni (Lezioni di diritto romano)*, Napoli (1901-1902), pp. 23-24.

(26) *Corso di diritto romano IV. Le obbligazioni* cit., pp. 47-48.

finito con il diventare tecnico per significare quel che si suol dire l'oggetto dell'obbligazione in latino e in italiano ». In realtà, allora, data questa « coincidenza », il *praestare* designerebbe « precisamente gli stessi oggetti del *dare* e del *facere* e soltanto » li designerebbe « da un punto di vista diverso » (p. 47; lo spaziato è mio). Più precisamente per il Bonfante, data la distinzione tra i due aspetti dell'obbligazione, « debito » e « garanzia del debito », il *praestare* alluderebbe proprio « a questo secondo aspetto ».

Per rafforzare questa impressione egli richiama l'etimologia *praes stare* nel senso di « star garante ». I casi in cui il termine ricorre di solito, ed anzi dove ha un esplicito complemento oggetto, sarebbero « precisamente quelli in cui l'oggetto non è propriamente un fatto od una cosa, ma una responsabilità ». Che d'altronde *praestare* non significhi *dare* proverebbe, poi, Seneca (*de Clem.* I, 10, 4), il quale riferendo un caso di clemenza di Augusto, afferma che il *princeps* « *non solum dare salutem, sed praestare* ». In sostanza si avrebbe anche « in questa espressione [sc. *praestare*] una sopravvivenza di quell'antica fase dell'obbligazione offuscata, ma non spenta nel nuovo tipo di istituto » (p. 48) (27).

La romanistica viene a fissare così un'equazione tra il *praestare* e la 'responsabilità', equazione che rappresenta un risultato acquisito, spesso implicito, nelle indagini successive.

(27) Simile lettura, seppure con qualche differenza, propone il DE RUGGIERO (*Le obbligazioni (parte generale). Corso di lezioni di diritto romano (1920-1921)*, Napoli (1921), Sangiovanni, pp. 51-52), il quale peraltro, a differenza del Bonfante, non si libera completamente della nozione moderna di 'prestazione', nel senso di comportamento del debitore, in quanto « quando il verbo *praestare* non è adoperato nelle fonti in modo assoluto, ma ha un suo proprio oggetto, quest'oggetto è quasi sempre una speciale attività di contenuto particolare, che linguisticamente non si lascia esprimere col dare o col fare e anche concettualmente non si lascia ridurre all'uno o all'altro ». Questa « particolare attività » sarebbe o il « rispondere » del dolo, della colpa, della negligenza, dell'evizione, del fortuito, o il « risarcire » (p. 51-52). Nella sostanza per il De Ruggiero saremmo sì di fronte a « casi di responsabilità » , ma a casi speciali caratterizzati da una « particolarità »: che « l'obbligo cui è tenuto il debitore non è (almeno per regola) autonomo e per sè stante, ma accessorio e consequenziale ad un altro, l'obbligazione fondamentale è cioè un'altra, ma ad essa si aggiunge come secondaria o si sostituisce una obbligazione di dar sicurtà al creditore o di risarcirlo di un danno » (p. 52).

L'indagine del 1921 del MAYR sul *praestare* (28) si inserisce in questo dibattito, dando un quadro completo dei significati del verbo attraverso un riesame attento della precedente letteratura e delle fonti in materia. Anche questo Autore ritiene di poter descrivere la storia del significato giuridico del termine ricorrendo all'ipotesi etimologica della sua derivazione da *praes stare*: « *erst Bürgen stellen, dann sich als Bürgen stellen, haften, schließlich für die Leistung haften, leisten wollen und sollen, leisten* » (29). La progressione « fornire dei garanti »/ « fornire come garanti se stessi »/ « garantire » troverebbe conferma nella sequenza « *praes stare/ pro se praes stare/ praestare* » attestata dalle fonti.

Mayr individua tre significati con cui il verbo verrebbe usato nei testi giuridici: *gewähren* (30), *leisten* e *haften* (31). A riguardo è interessante notare come egli stesso esprima la difficoltà di tradurre le costruzioni « *culpam, dolum, custodiam, neglegentiam, casum, factum, periculum, vitium, bonam fidem, curam, vim, damnum, moram* und *evictionem praestare* » nel senso ora di *Leistung* ora di *Haftung für eine Leistung, für einen Erfolg* (32).

Mayr conclude il suo contributo affermando che « l'accertamento di questo risultato puramente negativo », cioè che il verbo nel linguaggio giuridico non sembrerebbe indicare alcuna specifica prestazione, non meriterebbe attenzione se allo stesso tempo non si lasciasse accertare una modalità d'uso del *praestare*, in particolare *culpam praestare* e simili, che consenta stimolanti considerazioni sullo sviluppo dell'obbligazione romana e sulla divisione tra *Schuld und Haftung* come radice di quello sviluppo (33).

Questa conclusione, che ben si inserisce nel quadro di ipotesi sopra visto, finisce per influenzare fino ai nostri giorni le ricerche in materia, senza peraltro riuscire a chiarire il problema fon-

(28) *Praestare*, in ZSS. 42 (1921) R.A., pp. 198-227.

(29) *Praestare* cit., p. 205.

(30) Questo significato non si deduce dalle fonti in materia di obbligazione; R. MAYR, *Praestare* cit., p. 212 n. 3.

(31) *Praestare* cit., p. 212.

(32) *Praestare* cit., pp. 221-222.

(33) *Praestare* cit., pp. 226-227.

damentale posto dal *praestare*, quello cioè di capire se abbia un senso parlare di un 'garantire e rispondere' come oggetto dell'obbligazione e quindi come *quid* precedente al 'rispondere' processuale espresso dall'*actione teneri*. E così da una parte vi sono posizioni che seguono il « risultato negativo » dell'autore cecoslovacco, e riconoscono valore solo al significato « generico » del verbo, proprio anche del nostro modo di ricorrere al concetto di 'prestazione' (34).

D'altra parte, pur distinguendo da questo significato generico, un significato « specifico » del verbo, si fa poi ricorso a più espressioni che dovrebbero rendere i significati del verbo latino, come appunto il « garantire e rispondere » (35) o il « risarcire », sia come vera e propria obbligazione secondaria nascente dal mancato adempimento di quella primaria (36), sia come obbligo « primario » (37) .

Mentre però il *praestare* come 'risarcire' rischia di confondere proprio il significato sostanziale del *praestare* come oggetto dell'*oportere* con quello delle conseguenze del suo inadempimento (38), il *praestare* come 'garantire e rispondere', che rende me-

(34) Ad es. P. Voci, *Le obbligazioni romane* cit., p. 42; e sebbene con alcune precisazioni F. Sturm, *Stipulatio Aquiliana*, München (1972), Beck, p. 123; M. Talamanca, *Obbligazioni* cit., in ED. XXIX (1979), p. 30 e n. 200.

(35) G. Segrè, *Concetto e genesi della obbligazione (Corso di diritto romano 1928-1929)*, Torino (1929), Giappichelli, p. 136; E. Albertario, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni* I, Milano (1936), Giuffrè, pp. 192-197; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano II, 1*, Padova (1962), Cedam, p. 4. Per il Kaser il verbo indicherebbe con preferenza la « Gewährschaft » e la « Ersatzleistung », quando sia stato leso l'obbligo di garantire (« Gewährenpflicht ») o in generale un obbligo del debitore (*dolum, culpam praestare* usw.); *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 489.

(36) C. Ferrini, *Teoria generale delle obbligazioni (Corso di lezioni 1899-1900)* cit., p. 44; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, II, Uppsala/Leipzig (1941), pp. 267-268; p. 317; F. Pastori, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano/Varese (1951), Cisalpino, p. 150; Id., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano (Corso 1968-1969)*, Milano, Cisalpino Goliardica, p. 209; F. Sturm, *Stipulatio Aquiliana* cit., pp. 119.

(37) G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* cit., p. 221.

(38) A riguardo, il Pastori, che individua i tre possibili significati tecnici del *praestare* nel 'garantire', nel 'risarcire' e nel 'dare', ritiene di cogliere un collegamento tra di essi: garantire il fatto obiettivo → risarcire il danno → *pecuniam dare*; *Profilo dogmatico* cit., pp. 146-147: 148-152; 158; Id., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano (1961), Giuffrè, pp. 266 sgg. Questo collegamento, però, come lo stesso Pastori sembra talvolta ipotizzare, sarebbe la conseguenza di una reinterpretazione di una concezione più antica di prestazione, che intende il *praestare* nel senso di 'star garante' per alcune situazioni obiettive, attraverso una concezione successiva che valuta il *praestare* con il filtro esclusivo del *dare facere*. Ciò avrebbe comportato lo spostamento semantico verso il 'risarcimento del danno' per l'esistenza o l'inesistenza della situazione garantita; ad es. rispetto a D.21,2,31 vd. *Profilo dogmatico* cit., pp. 151-158; *Appunti* cit., pp. 73-76; 189 sgg.; 266 sgg.; *Dare facere praestare (dir. rom.)*, in NNDI. 5 (1960), pp. 156 sgg., in particolare pp. 158-159; sul punto vd. *infra* cap. II.3.

glio i significati con cui il verbo ricorre e viene utilizzato in relazione ai rapporti obbligatori, potrebbe a sua volta dimostrarsi eccessivamente generico, quantunque in quest'ultimo caso l'oggetto dell'obbligazione, nel dualismo dei significati ipotizzati, sarebbe comunque un *prius* rispetto alle conseguenze del suo inadempimento, appunto il risarcimento del danno (39).

All'interno di questa discussione bisogna riconoscere al Grosso di aver contribuito a porre la questione nei suoi termini esatti (40). Questo Autore infatti, chiariti sinteticamente i punti nevralgici del problema (pp. 29-31), accentua la necessità di sganciarsi dal dato (peraltro negativo) emergente dalle *formulae* delle azioni, al fine di cogliere il significato specifico del *praestare* accanto al *dare* e al *facere* (p. 32). Il Grosso insiste, invece, sul significato del *praestare* oggetto dello *spondere*, il quale, nel senso di 'garantire', permetterebbe di far mantenere al verbo una sua ragione d'essere sia rispetto al dare, al fare e al non fare, sia ai profili risarcitori conseguenti al suo inadempimento (p. 33). I romani, in sostanza, avrebbero concepito una 'condizione di garanzia' del debitore nella quale riecheggerebbe lo *status* del *praes*, condizione diversa e precedente a quella strettamente processuale, espressa invece dall'*actione teneri*.

Ed in effetti, come vedremo nei prossimi capitoli, proprio l'esame delle prime modalità d'uso del *praestare* nelle *conceptiones verborum* delle *stipulationes* permette di fissare un significato originario del verbo come oggetto dell'*oportere*.

(39) G. Segrè, *Concetto e genesi della obbligazione* cit., p. 134; G. Grosso, *Obbligazioni*[3] cit., pp. 33-34; E. Betti, *Istituzioni* cit., II, 1, p. 3.

(40) *Obbligazioni* cit. (1966[3] ma già 1933-34; 1940; 1947; 1955), p. 5 e pp. 29 sgg.

Il contributo del Grosso rappresenta, in questa prospettiva, una tappa importante nella riconsiderazione di un significato del *praestare* come oggetto dell'obbligazione nel pensiero giuridico moderno, dove da un lato proprio l'ampiezza che il concetto 'responsabilità' assume, e d'altro lato l'acquisizione di un concetto di 'prestazione' costruito essenzialmente sul dare, sul fare e sul non fare, porta a negare a quello un significato specifico come oggetto dell'*oportere* e a spostarlo entro l'ampia area semantica ricoperta da 'responsabilità'.

In questo senso la ricerca del Cannata, che si collega a quella di Grosso, è, per così dire, il punto di arrivo del progressivo ribaltamento della prospettiva moderna a favore di quella romana, in quanto con *praestare* non si esprimerebbe la 'responsabilità' in senso moderno, o la 'prestazione' in alcuni casi e la 'responsabilità' in altri, ma al contrario sempre e solo la 'prestazione', anche quando complemento oggetto del verbo sia un concetto che noi consideriamo un criterio di 'responsabilità'. In particolare questo A. ritiene inadeguata l'interpretazione dominante, partendo dalla constatazione che per i romani il *praestare* avrebbe un « carattere unitario », e quindi una doppia traduzione nelle lingue moderne ora come « oggetto dell'obbligazione », ora come « responsabilità », in base al contesto, potrebbe significare un travisamento della nozione originaria, che al contrario manterrebbe un significato omogeneo (41). I *prudentes* non avrebbe-

(41) *Per lo studio della responsabilità per 'colpa' (Corso di diritto romano 1967-1968)*, Milano, La Goliardica, pp. 8-9; ma vd. già *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I*, Milano (1966), Giuffrè, pp. 128-130. L'allargamento di indagine però, che porta a considerare in generale il « *praestare* » come prestazione dell'*oportere*, qualunque sia il suo oggetto specifico, permette di superare la critica, mossa dal Metro (già autore del contributo *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano (1966), Giuffrè), il quale limitatamente al « *custodiam praestare* » non approva lo spostamento della sua comprensione da criterio di responsabilità a contenuto dell'obbligazione, richiamandosi alle espressioni « *culpam, periculum casum vim etc. praestare* » le quali sarebbero « adottate sempre nel campo della responsabilità contrattuale »; *Custodiam praestare*, in *Labeo* 13 (1967), p. 62. Il problema, infatti, è quello di chiarire il significato specifico che il verbo ha in queste espressioni, al di là della considerazione del *praestare* accanto al *dare* e al *facere* come possibile contenuto dell'*obligatio*. Da questo punto di vista, si coglie una evoluzione nel pensiero del Cannata nel lavoro di prossima pubblicazione in *Iura*,

ro, in sostanza, conosciuto la distinzione moderna tra inadempimento, sua imputabilità e responsabilità conseguente, ma avrebbero ricostruito il problema in modo unitario, sempre come un inadempimento. In particolare si sarebbe trattato dell'inadempimento di obbligazioni aventi come contenuto delle prestazioni di comportamento accessorie (obbligo di non comportarsi dolosamente o negligentemente etc.), dove i giuristi moderni vedono, invece, da un lato l'inadempimento della obbligazione di *dare* e *facere* e dall'altro i criteri che condizionano la responsabilità del debitore (p. 24-25). D'altronde la natura « sussidiaria » di queste prestazioni, come riconosciuto da questo Autore, evidenzierebbe forse una sostanziale omogeneità di fondo nei due modi di intendere l'inadempimento.

Il contributo del Cannata ha indubitabili pregi: da un lato permette di riconoscere il ruolo per così dire interno all'*oportere* primario del *praestare*; d'altro lato riesce a recuperare un significato unitario del verbo rispetto a differenti complementi oggetto, il quale sarebbe proprio l'indizio della differenza di questa nozione con quella della 'responsabilità' moderna, che invece è strettamente legata ad alcuni criteri d'imputazione (*in primis* la *culpa*).

Questi spunti, però, non sono accompagnati da una riconsiderazione completa del rapporto da un lato tra *praestare* e *actione teneri*, e dall'altro tra il *praestare* e la 'responsabilità' moderna, rischiando così di impedire una corretta e più articolata valutazione del suo ruolo rispetto al problema dell'inadempimento. D'altronde la stessa necessità di recuperare un significato unitario del verbo, ricorrendo alla traduzione proposta dal Cannata del *praestare* come « assicurare » (42), è conseguenza della maggiore area semantica che questo verbo ricopre (*dolum, culpam, periculum, casum, vim praestare*) rispetto al concetto moderno di 'responsabilità'. Una tale soluzione, però, potrebbe dimostrarsi non

gentilmente messomi a disposizione dall'Autore stesso, che ringrazio, dove si accentua un uso 'autonomo' del verbo nel senso di « garantire il creditore con la propria rispondenza »; *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cap. III § 13 'La costruzione classica'; in *Iura* 43 (1992); *Iura* 44 (1993).

(42) Vd. però, ora C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., di prossima pubblicazione in *Iura* 43 (1992); *Iura* 44 (1993); cap. III, § 13.

necessaria se si utilizzasse quest'ultimo concetto nel significato più ampio, come mera soggezione a determinate conseguenze, senza che ciò implichi alcun riferimento, nemmeno implicito, al criterio in base al quale tali conseguenze sono imputate al responsabile (43).

Un tale significato, che peraltro sembra essere quello originario con cui nel linguaggio giuridico moderno appaiono per la prima volta verbi come *haften, verantwortlichen*, rispondere, *to respond, répondre* etc. (44), permetterebbe allora di continuare ad utilizzare il concetto di « responsabilità » in relazione al *praestare* romano, con l'avvertenza che quest'ultimo era però un elemento interno e non esterno all'*oportere* primario, o, esprimendosi con la terminologia dei *veteres*, all'*oportere* precedente alla *litis contestatio* (*Gai.* III,180).

La questione allora non sarebbe tanto quella di sapere se il *praestare* sia una 'prestazione' o una 'responsabilità', ma semmai quella di capire se il *praestare* riconosciuto entro un vincolo obbligatorio già nato, il quale in caso di inadempimento fonda l'*actione teneri*, esprima come tale (e cioè a prescindere dai complementi oggetto) un certo comportamento del debitore o piuttosto una situazione statica, una condizione del debitore, separata dai criteri elaborati dalla giurisprudenza per il suo riconoscimento. Tale situazione, sebbene abbia alcune sfumature forse oramai incomprensibili per il giurista moderno, dato il suo legame semantico (ma non necessariamente etimologico) (45) con la figura del *praes*, può però esprimere quel 'rispondere' in senso lato che è il presupposto del moderno concetto di 'responsabilità' nel suo significato più ampio. Bisogna altresì vedere, poi, se a fronte delle differenze terminologiche e della storicizzazione del concetto moderno di 'responsabilità', si debba negare al concetto romano di *praestare* il ruolo di fondamento dell'*actione teneri*, ed in parti-

(43) Così già A. METRO, *Custodiam praestare*, in *Labeo* 13 (1967), pp. 60 sgg.; ID., Rc. a DE FALCO, in *Iura* 42 (1991), pp. 158 sgg.; in particolare p. 160; e ora lo stesso CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 13.

(44) Vd. a riguardo S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità*, in *Atto illecito e pena privata* cit., pp. 170 sgg.

(45) Vd. a riguardo *infra*, cap. II. 1.

colare approfondire proprio questo aspetto, cioè se i romani abbiano riconosciuto, a differenza delle *obligationes ex delicto*, uno stato di soggezione autonomo del debitore, sebbene interno all'obbligazione, e condizione stessa dell'*actione teneri*.

2. *Le 'sintesi dogmatiche' proposte dalla scienza romanistica in relazione al problema della responsabilità contrattuale.*

A. *La 'responsabilità' contrattuale nella Pandettistica: alcuni spunti.*

a) Il *teneri* del Donello come la 'responsabilità' tedesca d'inizio '800.

Nel XIX secolo, in Germania, al significato più ampio di *haften*, analogo al *teneri* del Donello, si sovrappone un significato più specifico, delimitato alla sola imputazione per colpa dell'inadempimento. Da questo momento in poi si pongono le premesse per una nozione del 'rispondere', in termini di 'responsabilità' in senso stretto, venendosi altresì a porre le basi per una netta distinzione tra problema della 'responsabilità' e problema del 'rischio'.

Ritengo allora necessario, seppure sommariamente, ripercorrere in modo più attento alcune linee di sviluppo che testimoniano il momento di un tale irrigidimento, al fine di chiarire la maturazione storica di una concezione della 'responsabilità' in senso stretto che tanto peso ha avuto, ed in parte continua ad avere, sulla scienza giuridica del '900.

I primi autori, che all'inizio dell'Ottocento indagano le fonti romane in materia, non dimostrano di riconoscere, nella loro lettura condizionata dai metodi, dalle prospettive e dalle finalità da cui muovevano (46), una univoca capacità descrittiva ai concetti

(46) Cfr. ad es. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen (1967 ²), Vandenhoeck u. Ruprecht; cito da *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano (1980), Giuffrè, II, trad. it. S.A. FUSCO, pp. 123 sgg.; G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti 3° Congr. Intern. Soc.

di *Haftung*, *Verantwortlichkeit* e *Gefahr*, rispetto a espressioni latine del tipo: *dolum, culpam, periculum praestare*.

In particolare non sembra perdersi immediatamente la formulazione *praestatio doli, culpae* etc., che trova riscontro nelle costruzioni *Prästation der dolus, culpa* etc. o *prästieren dolus, culpa* etc. Il fatto che si mantenga un legame con la precedente terminologia non porta però ad un approfondimento del significato e della portata di queste *praestationes*. Al contrario, parlando a riguardo genericamente di *Prästation*, si ricorre al verbo *haften* e alla costruzione *verantwortlich sein* per dare forma, sotto il profilo per così dire negativo, al significato giuridico del riconoscimento di un dolo, di una colpa etc. (47).

It. St. d. Dir.), Firenze (1977), Olshki, I, pp. 29-72 in particolare pp. 38 sgg.; A. Mazzacane, *Pandettistica*, in ED. XXXI (1981), pp. 592 sgg.; E. Pólay, *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, in *Acta Juridica et Politica* 28 (1981; Szeged), pp. 1 sgg. in particolare pp. 60 sgg.; su cui per un giudizio sostanzialmente positivo, seppure con qualche riserva, J. Rückert, Rc., in ZSS. 106 (1989) R.A., pp. 702-706.

(47) Nei due libri del von Löhr dedicati alla colpa (*Die Theorie der Culpa*, Gießen, 1806; *Beiträge zu der Theorie der Culpa*, Gießen/ Darmstadt, 1808, Heier) la terminologia sembra mantenere uno stretto collegamento con la formulazione latina di « *culpam praestare* ». Questo A. parla di « Verbindlichkeit zur Prästation der 'culpa' » (ad es. p. 49; 55), e ricorre spesso alla costruzione con il verbo « prästieren ». Commentando D.50,17,23, testo che contiene la regola fatta propria da Giustiniano sui diversi contenuti del *praestare*, il von Löhr descrive così il pr. dell'*utilitas contrahentium*: « Um die Größe der Verbindlichkeit zur Prästation \ der Culpa zu bestimmen, muß darauf Rücksicht genommen werden, ob der Culpose Vortheil aus dem Geschäfte zieht oder nicht? Ist jenes, so prästiert er dolus und culpa; ist dieses, so ist er nur für dolus und culpa lata zu haften verbunden » (pp. 139-140). Egli parafrasa qui il passo che inserisce in nota, D.30,108,12: « ... *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur* ». È interessante notare come dopo aver usato il verbo *prästieren*, avente come oggetto il dolo e la colpa, nel descrivere la regola da un punto di vista per così dire 'positivo', si usi per quello per così dire 'negativo' la formulazione « zu haften verbunden ». Cioè il debitore è tenuto a *haften* per il dolo e la colpa lata. La formulazione di « haften für... » ricorre insieme a quella « Verbindlichkeit zur Prästation der ... » nei singoli regimi della locazione (p. 148), del pegno (p. 149), della compravendita (pp. 159-160), senza che ciò modifichi la prospettiva essenziale, e cioè quella dell'« essere obbligati alla prestazione di colpa e diligenza » (« zur Prästation von 'culpa' und 'diligentia' verpflichtet »); sulla « teoria della colpa » nel von Löhr vd. R. Ogorek, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19.Jahrhundert*, Köln/ Wien (1975), Böhlau, pp. 25-29; su cui cfr. il giudizio positivo di W. Macheiner,

Dal punto di vista del modo di considerare l'inadempimento e la sua imputazione è, comunque, centrale il problema della colpa. In questo contesto il termine tedesco di *Gefahr* viene a collegarsi con il latino *periculum* fin dall'inizio del suo apparire negli studi in materia, senza, però, esprimere un concetto distinto ed alternativo alla *Haftung* (48). La difficoltà, infatti, di interpretare la parola latina in modo univoco (49), e la no-

---

Rc. in ZSS.93 (1976) R.A., pp. 525-530. Nel libro di Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts* (Bonn; 1838; Marcus), che porta ad una riconsiderazione dei criteri d'imputazione e più in generale della 'responsabilità' sia aquiliana che contrattuale, nell'indagine sulla *culpa* nei rapporti contrattuali ricorrono formulazioni come « praestatio culpae », « prästieren », « Prästation » (*op. cit.*, ad es. p. 185; pp. 393 sgg.; 359 sgg.). Proprio nella prospettiva del « Leisten » lo H. coglie la differenza tra la « Beschädigung » nella *lex Aquilia* e nell'*obligatio*. In questo secondo caso egli afferma: « war 'dolus' oder imputable Nachlässigkeit die Ursache, daß er nicht leistete, was er sollte, oder nicht so leistete, wie er sollte, so muß er 'dafür' haften.. » (p. 127) [le virgolette sono mie]. L'inadempimento della prestazione 'primaria' porta a *haften* se il dolo o la negligenza ne siano le sue cause. Questi ultimi concetti rappresentano il '*dafür*' che in caso di inadempimento portano alla 'responsabilità'. Si fa strada, seppure appena percettibile, la sequenza logica inadempimento — criteri d'imputazione — responsabilità. Rispetto al problema della *culpa* in Hasse vd. R. Ogorek, *op. ult.cit.*, pp. 29 sgg. D'altronde anche nel commentario alle Pandette del Glück (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar*, Erlangen, Palm) si fa strada oltre a « prästieren » e « haften » l'uso di « verantwortlich sein ». Ad es. rispetto agli obblighi del comodatario (13 [1811], p. 460 e 470), e delle parti di una locazione dove si parla di « Praestatio ex aequo et bono » (17 [1815], p. 349) a cui si collegherebbero anche altri obblighi, oltre a quello di non frodare, come quelli di « alle Verletzungen und Schäden von einander abzuwenden, welche nur immer durch menschlichen Fleiß und Sorgfalt verhütet werden können. Jeder Contrahent ist daher ... dem andern,..., für dolus und culpa lata verantwortlich ... » (p. 350). Val la pena notare, infine, come nella traduzione di Otto-Schilling dei *Digesta* giustinianei, nei passi corrispondenti a Ulp. D.13,6,5 (II, pp. 105 sgg.; 1831) e D.50,17,23 (IV, p. 1266-1277; 1832) il *praestare* non è tradotto con *haften*.

(48) Vd. ad es. J.Chr. Hasse, *Die Culpa* cit., pp. 287-292; C.G. Wächter, *Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen*, in AcP.15 (1832), pp. 97-138; 188-222; K. Fuchs, *Beitrag zur Lehre vom 'periculum' bei Obligationen*, in AcP. 34 (1851), pp. 106-120; 224-245; 385-411; J.Th. Schirmer, *Zur Lehre von dem periculum casus bei Obligationen*, in ZRG.10 (1872), pp. 70-83.

(49) Vd. J.Chr. Hasse, *Die culpa* cit., p. 287; Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationrecht. I. Die Unmöglichkeit der Leistung*, Braunschweig (1853), Schwetschke, pp. 237-238.

zione ampia di 'responsabilità', in un significato analogo al *teneri* del diritto comune, sembrerebbero impedire un irrigidimento delle aree semantiche coperte da questi due concetti (50).

b) L'imputazione per colpa e la 'responsabilità' in senso stretto nella Pandettistica del secondo ottocento.

La concezione della 'responsabilità' come imputazione per colpa dell'inadempimento trova esemplare espressione nel I e nel

(50) Coerente a questi usi è la riflessione del SAVIGNY, il quale, all'interno di un progetto di rinnovamento della 'sistematica' e della 'dogmatica' giuridiche, considera l'inadempimento dell'obbligazione e la 'responsabilità' a ciò connessa nella esclusiva prospettiva dell'*actio*; *Systene* cit., V, pp. 1 sgg. La dottrina è solita distinguere nell'opera del Savigny una « componente storicistica » e una « componente concettualistica ». Proprio in quest'ultima, seppure non senza una qualche semplificazione, si individua un rinnovamento oltre che dei « concetti » anche della « sistematica »; A. MANIGK, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Aalen (1974), Scientia (Neudruck ed. Berlin, 1914), pp. 161 sgg.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano (1966), Giuffrè, pp. 93 sgg. (sulla « storicità »); pp. 157 sgg. (sul « *System* »); ID., *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli (1978), Guida, pp. 158-192; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* cit.; cito da *Storia del diritto privato moderno* cit., II. trad. it. S.A. FUSCO, pp. 53-78; G. PUGLIESE, *I Pandettisti* cit., pp. 31-38 (del quale sono le formulazioni sopra usate); A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli (1976), Liguori; ID., *Pandettistica*, in ED. XXXI (1981), pp. 597-603; M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica* 6 (1976), pp. 187-213; H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in *Ius Commune* 8 (1979), pp. 9 sgg.; O. BEHRENDS, *Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.K. von Savignys System des heutigen römischen Recht*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, (75. G. Wieacker), Ebelsbach (1985), Gremer, pp. 257 sgg.; H.H. JAKOBS, *Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie*, in T.57 (1989), pp. 241 sgg.

All'interno di una costruzione meno attenta al profilo storico, il PUCHTA offre un quadro concettuale più rigido; *Lehrbuch der Pandekten* (Leipzig; 1838 [1]; cito dalla 7° ed. curata da A. RUDORFF, Leipzig 1853, Barth, pp. 446-448). La *Unmöglichkeit der Leistung* e la colpa sono assunti come i problemi centrali dell'inadempimento. È questa la prospettiva privilegiata attraverso cui si guarderà al problema 'inadempimento', seguendo in questo un modello che le fonti romane indubbiamente trasmettono, ma attuando un recupero limitato della varietà e della complessità delle concezioni contemporaneamente presenti nel *Corpus Juris* giustinianeo, conseguentemente ad un metodo teso a privilegiare i profili che accentuano la coerenza del 'sistema', più che le sue differenze. Sul ruolo solitamente riconosciuto al Puchta in relazione alla Pandettistica vd. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, p. 78-83 in particolare p. 78; P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, Varese (1984), II pp.

III dei *Beiträge zum Obligationrecht* di Fr. MOMMSEN (51). Proprio rispetto al problema dell'inadempimento, la centralità che viene riconosciuta all'impossibilità oggettiva della prestazione come causa d'estinzione dell'obbligazione (52) sembra accentuare il ruolo dei correttivi che si introducono per evitare l'estinzione stessa, correttivi fondati esclusivamente sulla 'colpa' (53), indicando la 'scelta' che si stava compiendo all'interno di una riconsiderazione, oltre che del 'sistema' del diritto privato, della tradizione romana su cui rifondarlo, scelta condizionata comunque da quella stessa tradizione, che vede nella *culpa* il criterio generale — seppure non esclusivo — per imputare al debitore l'inadempimento (54).

283-319; sull'influenza che ha avuto sullo stesso Savigny, G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny* cit., pp. 135-141. Sulle sue premesse filosofiche si è pensato di recente ad un influsso di Schelling; cfr. P. LANDAU, *Puchta und Aristoteles*, in ZSS.109 (1992) R.A., pp. 1-30. Su di lui in generale vd. J. BOHLERT, *Über die Rechtslehre G.F. Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe (1975), Müller.

(51) *I. Die Unmöglichkeit der Leistung* cit.; *III. Beiträge zur Lehre von der culpa* (1855). Nella trattazione del Fr. MOMMSEN il *praestare* delle fonti latine viene reso con *prästieren*, *haften* e *verantwortlich sein*. A questi verbi si aggiungono i sostantivi *Haftung* e *Verantwortlichkeit*. Nel IV cap. del I *Beitrag* il Mommsen titola, ad es.: « Zur Classification der Obligation in Beziehung auf Culpa; insonderheit über Fälle, in welchen die Verantwortlichkeit auf Prästation des dolus sich beschränkt » (p. 391). La terminologia, che rispetta nel titolo la concezione di una 'prestazione di dolo' cui segue una 'responsabilità', si fa meno precisa nel testo dove questo A. parla di « Verantwortlichkeit auf die Haftung für dolus und Culpa lata » (p. 391 e p. 394). Questa duplice formulazione accompagna quindi quella della « Verantwortlichkeit » limitata alla « Prästation der dolus culpa... etc. » (p. 398).

(52) Cfr. a riguardo la recente indagine di S. WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts. Grundsätze des Leistungsstörungsrechts im Gemeinen Recht in ihren Bedeutung für das BGB*, Berlin (1990), Duncker Humblot, pp. 79 sgg.

(53) Vd. le giuste osservazioni del DROSDECK (Rc. a Würthwein, in *Ius Commune* 19 (1992), pp. 532 sgg.) rispetto al rischio di accentuare solo « die Bedeutung der... Unmöglichkeitsregeln » e non anche il « Verschuldenprinzip » (p. 535); sul punto vd. anche H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn (1969), Röhrscheid, pp. 112 sgg.

(54) Sul rapporto tra « Pandettistica » e fonti romane da un lato e tradizione romanistica dall'altro, vd. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, pp. 123 sgg. e le precisazioni, forse un po' unilaterali, di G. PUGLIESE, *I pandettisti* cit., pp. 40-44 che rileva: « Essi (sc.i pandettisti), in sostanza, sono dentro e fuori della tradizione romanistica nello stesso tempo, per essere esatti tendono a formare una tradizione romanistica nuova, la quale, facendo un taglio netto col passato (fra Giustiniano e i loro giorni), crei una nuova serie di autori (...), disposti a tra-

Rispetto a questa costruzione, allora, diviene necessario trovare un riferimento concettuale che permetta di descrivere l'àmbito dell'impossibilità inimputabile al debitore. In questa delimitata prospettiva il Mommsen nota come nè il *periculum*, nè il *casus* delle fonti romane possano rappresentare i concetti di riferimento per il giurista moderno, ma sia necessario ricorrere ad un termine diverso (55). Da un lato, quindi, il problema della 'responsabilità' per l'inadempimento si salda con quello del criterio di imputazione fondamentale che la tradizione giuridica fondata sul diritto romano tramanda: la colpa. D'altro lato, una volta fissato questo legame semantico, si ricerca nella tradizione stessa il concetto idoneo ad esprimere i profili dell'inadempimento inimputabile, giungendo alla conclusione che i concetti romani di *periculum* e *casus*, naturali candidati a questo ruolo, in realtà sarebbero a ciò inidonei.

Sono in questo modo fissati i presupposti dogmatici per la fissazione in termini di *Haftung* e di *Gefahr* della distinzione tra indagine dell'imputazione dell'impossibilità della prestazione in base alla colpa e distribuzione dei danni inimputabili, che trova nei grandi Manuali di Pandette della seconda metà del secolo la sua definitiva acquisizione alla scienza giuridica tedesca (56).

La progressiva maturazione di una *Haftung* in senso stretto, frutto dell'elaborazione giuridica ottocentesca, sembra seguire in questo uno sviluppo dogmatico continuo, che ha le sue basi nelle fonti romane ed in particolare nella *regula iuris* di D.50,17,23, e che, nello sforzo di costruire un 'sistema' fondato su principî derivanti dalla stessa tradizione giuridica di cui la Germania è partecipe, trova normale considerare la *culpa* come il principio da applicare in materia di 'responsabilità' contrattuale. Si viene, così, a sostituire ad una concezione dogmatica 'monolemmatica' (*praestare/ non praestare*), una nuova concezione 'bilemmatica' (*Haftung/ Gefahr*), che sebbene affondi le sue radici nel principio del *culpam praestare*, inserisce un irrigidimento del valore semantico di 'responsabilità' che è estraneo a quello del *praestare* (57).

mandarsi e a fare propri... i loro rispettivi contributi »; p. 41; ed ancora: « deve constatarsi che il modo in cui i pandettisti trattarono il diritto romano fu, se non antistorico, per lo meno astorico. ... essi trascurarono sia la varietà di elementi e di piani del diritto romano, sia i numerosi svolgimenti storici riscontrabili all'interno di esso »; p. 41-42.

(55) Vd. FR. MOMMSEN, *Beiträge* cit. *I. Die Unmöglichkeit* cit., p. 245.

(56) La discussione viene allora ad investire il significato dell'impossibilità; vd. ad es. L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart (1886 [13]), Cotta; [trad. it. F. SERAFINI, Bologna (1880)], pp. 496-497 [=II, pp. 142-144]; p. 560 [=II, p. 222]; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, (1862 [1]); Frankfurt (1900 [8]), [trad. it. C. FADDA-P.E. BENSA, Torino (1904)], pp. II, § 264 pp. 82-83 [=II, 1, pp. 60-65]; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin (1903 [7]), Müller pp. 100 sgg.

B. *La centralità della 'responsabilità' per colpa nelle prime ricerche storicamente orientate e la 'responsabilità senza colpa':* JHERING *e* PERNICE.

L'interpretazione delle fonti romane in tema d'inadempimento attraverso il concetto di *Haftung* in senso stretto avviene con sistematica coerenza nel libro del JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (58). Questo Autore, coerente peraltro al collegamento da lui effettuato tra *praestare* e *haften* (cfr. *supra* § 1), ricorre al sostantivo *Haftung* in relazione alla colpa, di cui vuole accentuare l'importanza oltre che giuridica, anche sociale ed etica, perseguendo in questo caso quel rinnovamento

(57) Più difficile dire se la 'scelta' pandettistica, di ricostruire il problema dell'inadempimento attraverso il recupero solo di una parte delle testimonianze che provenivano dalle fonti romane, sia stata condizionata oltre che dal metodo 'sistematico', da profili socio-economici; se, in sostanza, la rilevanza esclusiva dell'imputazione per colpa dell'impossibilità della prestazione fosse conforme non solo ad un'etica dell'inadempimento coerente alla *Willenstheorie* fondante l'intero edificio Pandettistico, ma fosse altresì adeguata alle esigenze della nascente borghesia produttiva tedesca, alla quale la tradizionale *Schuldhaftungskonzeption*, se collegata alla *Unmöglichkeit der Leistung*, poteva dimostrarsi più adatta ad un liberismo economico fondato proprio sul ricorso ad una estesa trama di rapporti obbligatori. Cfr. a riguardo le interessanti considerazioni di E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung* cit., p. 74; vd. altresì F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, p. 139, che parla della « autoidentificazione del mondo imprenditoriale con l'intera società » come « peccato originale del XIX sec. »; ed ora A. SCHIAVONE, *La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania*, in *Quad. Fior.* 9 (1980), pp. 165 sgg. Il WAGNER (*Die Politische Pandektistik*, Berlin (1985), A. Spitz) approfondisce il rapporto tra le nuove esigenze socioeconomiche e « die pandektistische Positivierung einer Privatrechtsordnung » (pp. 115 sgg.); su cui vd. però le riserve di J. SCHRÖDER, Rc., in ZSS 106 (1989), R.A., pp. 706-709.

(58) Leipzig (1879), Brattkopf & Härtel.

dogmatico da lui auspicato (59). Egli afferma che il « concetto di colpa è il criterio generale della 'responsabilità' (*Haftung*) del diritto privato romano evoluto » (p. 178) (60) e riconosce che la grossa impresa della giurisprudenza classica è proprio la completa attuazione del concetto di colpa come criterio della 'responsabilità' (*Haftung*) in tutti i rapporti della seconda classe (sc.rapporti obbligatori preesistenti) (61). Questo Autore viene quindi a utilizzare la categoria concettuale del *subjektiven Haftungssystem*, nella quale si comprime, così come aveva fatto la Pandettitistica del secondo '800, un materiale storicamente complesso (62), che non è indagato nei suoi particolari svolgimenti, ma nell'importanza che viene ad avere il raggiungimento di una regola come quella dell'imputazione per colpa dell'inadempimento, in una chiave di lettura 'evoluzionistica' costruita sui modelli della 'responsabilità senza colpa'/ 'responsabilità per colpa'.

Con il PERNICE questa operazione dogmatica viene a congiungersi con lo sforzo di ricercare una conferma di tale prospettiva nei concetti elaborati dalla giurisprudenza romana e nelle logiche delle soluzioni testimoniate dalle fonti. Nella sua opera *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (63), divisa in cinque 'parti', questo A. dedica la 'parte' B

(59) Su cui cfr. ad es. E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, in ED. XIII (1964), pp. 678 sgg. in particolare pp. 683-687. Sull'importanza del « secondo Jhering » e la sua critica alla pandettistica vd. F. WIEACKER, *R. von Jhering*, in ZSS.86 (1969) R.A., pp. 1-36; *Storia del diritto privato moderno* cit., II, pp. 150-155; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* cit., pp. 280-289; e da ultimo il volume *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln (1993), Schmidt; Hrsg. O. BEHRENDS.

(60) « der Schuldbegriff ist der allgemeine Haftungsmaßstab des entwickelten römischen Privatrecht ».

(61) « Die vollständige Durchführung des Schuldbegriffes als Maßstabes der Haftung in allen Verhältnissen der zweiten Classe ist die große That der klassischen Jurisprudenz ».

(62) Sull'influsso della categoria pandettistica della « Schuldhaftung » su Jhering vd. qualcosa in E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung* cit., p. 87-88; ed ora U. DIEDERICHSEN, *Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart*, in *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* cit., pp. 63-66; in generale sulla « teoria della colpa » in questo giurista vd. anche R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung* cit., pp. 42-46.

(63) Neudruck Aalen (1963), Scientia.

(1878) alla « imputazione » (*Zurechnung*) e quella D (1900) a « colpa e mora » (*Verschulden und Verzug*).

Rispetto al primo problema, il Pernice è consapevole dei limiti della categoria « imputazione ». La descrive peraltro come trattazione del presupposto 'soggettivo' della responsabilità per un atto antigiuridico...; in questa materia rientrerebbero concetti come *dolus malus, mala fides, culpa* e *custodia* (p. 1) (64). La delimitazione della imputazione alla *subjektive Voraussetzung der Haftung* e la centralità che in tale indagine assume la colpa (vd. su questo concetto anche la IV parte « colpa e mora » (65)), sono i presupposti idonei , secondo il Pernice, a descrivere l'inadempimento come atto antigiuridico, in quanto questo avrebbe imposto la ricerca dei 'presupposti soggettivi' per il riconoscimento della 'responsabilità'.

Nel lavoro di questo Autore è, però, evidente quanto l'unilaterale prospettiva dell'imputazione per colpa dell'impossibilità della prestazione sia inadeguata a rendere conto del ricco materiale che le fonti romane tramandano. Questo non impedisce al Pernice, seppure in una prospettiva più attenta al profilo storico rispetto a quella del Jhering, di utilizzare i concetti fissati come principî del sistema dalla Pandettistica, e che portano a ricostruire la 'responsabilità' contrattuale entro il procedimento logico: inadempimento-imputazione (per colpa)-responsabilità.

A differenza, poi, di Fr. Mommsen, il Pernice ritiene che il *casus* sia concetto idoneo ad esprimere l'àmbito dell'inadempimento inimputabile, contrapposto per ciò alla colpa, divenendo il precedente dogmatico per la delimitazione anche in indagini storicamente orientate tra il problema del *casus-Gefahr* e quello della 'responsabilità'. In particolare l'influenza della concezione

(64) « Es handelt sich um die subjektiven Voraussetzung der Haftung für eine Rechtswidrigkeit... Denn es kommen dabei Begriffe in Betracht, ... wie dolus malus, bona u. mala fides, culpa, custodia »; cfr. altresì pp. 57-60.

(65) « Überall ist der Begriff der gleiche: es wird ein Schade verursacht durch Nichtanwendung gehöriger Sorgfalt. So geht die Haftung für Farlässigkeit parallel mit der Haftung für dolus... » (p. 1).

Pandettistica si manifesta nella definizione del *casus* nei rapporti obbligatori come delimitato dalla *exacta diligentia*, e nella reinterpretazione delle fonti dove si parla di *casum praestare* in termini di *culpa praecedens* (66).

Chiaramente questa costruzione doveva incontrare le sue maggiori difficoltà rispetto al *custodiam praestare* come criterio di 'responsabilità'; ed infatti il Pernice, se da un lato propende per una sua reinterpretazione — attraverso la *fides* — in termini di *diligentia in custodiendo*, confermando con ciò la sua inclusione nei 'presupposti soggettivi' della 'responsabilità', d'altro lato è costretto a riconoscere che la *custodia* talvolta sembrerebbe essere indipendente dalla *diligentia*, e quindi, seppure eccezionalmente, esempio di 'responsabilità senza colpa' (67). A prescindere in questa sede dalla tesi prospettata da questo autore sul fondamento di questa *Haftung* nella *fides* (68), bisogna accentuare il fatto che per il Pernice suo elemento caratteristico sia proprio la 'limitatezza', espressa dalla esclusione dal *custodiam praestare* del *casus maior* (69).

Il 'sistema' della *Haftung* viene, così, ad essere presentato come 'omogeneo', limitandosi il ruolo della responsabilità per *custodia* come 'responsabilità' per il *casus minor*, e fornendo infine alla 'responsabilità', come problema dell'imputazione dell'inadempimento attraverso presupposti soggettivi, una fondamentale legittimazione sul piano storico attraverso il principio della *culpa*. In tal modo, se da un lato si superano i limiti della indagine del Jhering, collegati ad un interesse meno accentuato del profilo storico della questione, d'altro lato se ne legittimano in parte i presupposti dogmatici, comprimendo i criteri di riconoscimento della 'responsabilità' contrattuale nei 'presupposti soggettivi' della stessa, e così facendo si reinterpreta tutto il sistema,

---

(66) A. PERNICE, *Labeo* cit. B, pp. 373-377 e p. 374 n. 4.

(67) *op. ult. cit.*, p. 346.

(68) Su cui vd. le considerazioni di C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., pp. 30-31.

(69) L'interpretazione del *custodiam praestare* come 'responsabilità' per il *casus minor* aveva avuto espressione già nel BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in AcP.78 (1892), pp. 284-303.

essenzialmente attraverso il modello della 'responsabilità' per colpa.

Una tale operazione interpretativa rischia, però, di inserire un criterio 'euristico' in parte estraneo al pensiero romano, e ciò quantomeno fino a quando il criterio della *culpa* non sia divenuto il criterio generale per risolvere i problemi dell'imputazione dell'inadempimento.

C. *La contrapposizione tra 'responsabilità oggettiva' e 'responsabilità soggettiva' come espressione dello sviluppo storico della responsabilità contrattuale in diritto romano: la ricerca interpolazionistica.*

La dogmatica dell'inadempimento, elaborata dalla Pandettistica nel quadro di una *Schuldhaftungskonzeption*, riesce, sebbene indirettamente, a condizionare anche gli studi in materia di *custodiam praestare*, nei quali essa subisce una prima e fondamentale critica. Così gli autori che se ne occupano alla fine dell'Ottocento sono portati vuoi ad accentuarne i profili oggettivi, di 'responsabilità senza colpa' (70), vuoi a reinterpretarne la portata in termini di *diligentia in custodiendo*, allo scopo di ricondurla nel sistema della 'responsabilità soggettiva' (71).

---

(70) Gli stessi 'pandettisti' avevano ben notato che il concetto di 'responsabilità per colpa', per indicare il limite dell'imputazione dell'impossibilità di adempiere, non esauriva le ipotesi testimoniate nelle fonti romane che in particolare si richiamavano ad un concetto, la *custodia*, che a volta sembra prescindere da un'indagine sui profili soggettivi dell'inadempimento; cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* cit., II, p. 84 n. 9, [= trad. it., II, 2, p. 53 n. 8]. Ma è con i primi contributi specificamente dedicati alla materia che si evidenzia sempre più l'inadeguatezza di esaminare le fonti romane entro l'esclusiva contrapposizione 'responsabilità colposa'/*vis maior*; cfr. ad es. L. GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum cauponum stabulariorum*, in ZHR.3 (1860), pp. 58 sgg. e 331 sgg.; J. BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt* cit., in AcP.78 (1892), pp. 284 sgg.; A. SCHNEIDER, *Über die vis maior und das Haftungsprinzip des römischen Obligationenrecht*, in *Goldschmidt's Zeitsch.* 44 (1896), pp. 75 sgg.; 345 sgg.; F. FISCHER, *Vis maior in Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in *Jher. Jahrb.* 37 (1896), pp. 225 sgg.; H. VON HOLLANDER, *Vis maior als Schranke der Haftung*, Jena (1892); su questi autori vd. G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano (1938) Giuffrè, pp. 8-16. Per un riesame del rapporto tra la *custodia* e l'elaborazione della moderna « Gefährdungshaftung » vd. R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung* cit., pp. 48 sgg.

(71) In questa linea paradigmatici sono i contributi del J. BIERMANN, *Custodia und vis maior*, in ZSS.12 (1892) R.A., pp. 33 sgg.; R. LEONHARD, *Culpa* in

Con la fase degli studi romanistici che chiamiamo della critica interpolazionistica queste due prospettive divengono la chiave interpretativa per una ricostruzione storica del problema nel diritto romano. La *Haftung*, 'responsabilità' in senso stretto, viene a subire una profonda critica, portando la dottrina ad accentuare quegli àmbiti di 'responsabilità senza colpa', già segnalati dai contributi di fine ottocento, che divengono il modello della soluzione classica in contrapposizione a quella giustinianea.

In particolare, la tendenza in questo periodo a vedere contrapposti due diritti romani, quello classico e quello giustinianeo, porta ad individuare due 'sistemi della responsabilità contrattuale' (72): il primo caratterizzato da criteri 'oggettivi', di cui esempio fondamentale sarebbe la *custodia*, il secondo costruito sul concetto di *culpa* (73). Questa distinzione tra le aggettivazioni collegate al concetto di 'responsabilità' (oggettiva e soggettiva) scompone la *Haftung* pandettistica, costruita tutta sull'imputazione per colpa, in un sistema bipartito della 'responsabilità', in cui la *culpa* viene a rappresentare, sotto il profilo dell'assenza, il concetto generale per descrivere tutta una serie di criteri diversi che da questa prescindono, ma che vengono tutti qualificati come esempi di 'responsabilità oggettiva'. Il riconoscimento di una 'responsabilità senza colpa' viene cioè a ricoprire sotto un'unica categoria tutta una serie di criteri che come solo elemento comune avrebbero quello della indifferenza della condotta colposa del contraente. È evidente, allora, come in questo modo non si fa

PWRE. IV,2 (1901), col. 1748-1752; *Custodia*, in *ibid.* col. 1896-1897; L. Lusignani, *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, I, Modena (1902); II, Parma (1903); III, Parma (1905).

(72) Cfr. per una riconsiderazione della fase interpolazionistica, ad es., M. Talamanca, *Esperienza scientifica. Diritto romano* in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia (1981)*, Milano, Giuffrè, pp. 675-784 in particolare p. 684; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano* cit., pp. 535-556.

(73) In questo 'bipolarismo' del diritto romano, si è a volte accentuato il ruolo delle scuole postclassiche d'oriente; rispetto ai problemi qui affrontati è fondamentale W. Kunkel, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925), R.A., pp. 266-351 con cui si apre la via ad una più complessa periodizzazione del problema; vd. nella linea aperta dal Kunkel F. Wieacker, *Haftungsformen der römischen Gesellschaft*, in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 35-79. Sulla questione dei 'periodi del diritto romano' in generale R. Orestano, *Introduzione* cit., pp. 549-553.

che rivestire con una categoria di comodo una serie di criteri di imputazione, il cui fondamento essenziale non viene in alcun modo chiarito. D'altronde questi nuovi tipi di 'responsabilità' si presentano in ogni caso come 'limitati', ed in particolare essi non potranno andare oltre la *vis*. Paradigmatici a riguardo, oltre a quelli sulla *custodia* (74), sono gli studi sul *periculum emptoris*, nei quali si viene a distinguere un *periculum vis maioris* da un *periculum custodiae*; il secondo causa di *Haftung* del venditore, il primo , invece, vero e proprio *Gefahr* (75).

In questo quadro si collocano una serie di contributi che offrono esempi autorevoli della ricostruzione dominante nella prima metà del '900, come quelli del Seckel (76), del Kun-

(74) Oltre ai lavori cit. alla n. 70 bisogna menzionare F. Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in Grünh.Z.38 (1911), pp. 9 sgg.; *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in ZSS.32 (1911) R.A.,pp. 23 sgg.; Rc. a Lusignani, in *Krit.Vjschr.* 50 (1912), pp. 22 sgg.; F. Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht I.Über die Haftung für 'custodia'*, in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 167-350; J. Paris, *Responsabilité de la custodia en Droit Romain*, Paris (1926), Sirey.

(75) C. Arnò, *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, in *Giur.it.* IV (1897), pp. 209 sgg.; F. Haymann, *Textkritische* cit. *II. Periculum est emptoris*, in ZSS.41 (1920) R.A., pp. 44-185; Id., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in ZSS.48 (1928) R.A., pp. 314-418; M. Kostantinovitch, *Periculum rei venditae*, Lyon (1923); E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS.47 (1927) R.A., pp. 117-263.

(76) Nella 9ª edizione (1907) dell'*Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* dell'Heumann, il Seckel riconosce nel *Vorwort* che una serie di voci, tra cui *in primis* la *custodia*, hanno subito nella riedizione da lui curata « eine tiefer greifenden Umarbeitung » (p. IX; sull'esatta entità dell'intervento del Seckel sull'opera originaria vd. altresì pp. VII-IX). A riguardo è proficua una lettura congiunta delle voci *custodia, casus, culpa, vis* e *periculum*.

Rispetto alla *custodia* 'in senso tecnico' questo A. accentua la contrapposizione tra la concezione dei giustinianei (*diligentia in custodiendo*) e quella della giurisprudenza classica (p. 116-118). Per i classici « *custodiam praestare* » significherebbe « einstehen für niederen Zufall », « rispondere per il *casus minor* », mentre la *diligentia in custodiendo* non sarebbe sufficiente (p. 116). La *custodia* sarebbe delimitata da un lato dalla *culpa* e dalla *negligentia/diligentia*, d'altro lato dalla *vis maior*. In particolare già i *veteres* avrebbero conosciuto un « Gesamtbegriff », l'« *omne periculum* » di D.13,6,5,1-3, che avrebbe riassunto sia la *custodia* che la *vis* (p. 116-117). In sostanza già i giuristi classici avrebbero avuto una « Fünfteilung der '*praestanda*' », nella quale *custodia* sarebbe venuta dopo il dolo, la colpa e la diligenza, ma prima della *vis maior* (p. 117). Questa ricostruzione, che come vedremo

KEL (77), dell'ARANGIO-RUIZ (78) e del LUZZATTO (79).

---

ha influenzato molto gli autori successivi, trova conferma nelle altre voci segnalate. In particolare essa viene ribadita nella voce *casus* (pp. 58-59), dove questo concetto viene definito come l'evento inimputabile, e per il quale la parte danneggiata non ha alcuna azione di risarcimento (p. 58). Il Seckel chiarisce, però, che all'interno del *casus* andrebbe distinto il « *casus minor* » (la *custodia* del diritto classico) da quello « *maior* », che riposerebbe sulla *vis* (p. 58). Così, rispetto alla voce *periculum* (pp. 420-421), per la quale, pur riconoscendo la larga gamma di significati della parola, il Seckel ritiene potersi parlare di significato strettamente giuridico di *periculum* = *Gefahr*, nelle ipotesi in cui i danni siano prodotti dal *casus*.

(77) Fortemente collegato alla ricostruzione del Seckel esce nel 1925 il contributo del KUNKEL sulla *diligentia*; *Diligentia*, in ZSS.45 (1925), R.A., pp. 266-351. Questo lavoro, seppure attraverso la prospettiva della sola *diligentia*, impegna il suo autore in una riconsiderazione globale dei criteri di 'responsabilità', venendosi ad approfondire il rapporto tra la *diligentia* e la *custodia* (pp. 268-286), tra la *diligentia* e la *culpa* (pp. 286-301), tra la *dil.diligentis* e la *dil.quam suis* (pp. 301-314), e infine la *neglegentia* (pp. 314-336), lasciando al capitolo finale le conclusioni su « sostanza, origine e sviluppo della '*Diligenzlehre*' » (pp. 337-351).

Il Kunkel riconosce la distanza che corre tra la ricostruzione jheringhiana di un « Haftungsrecht » romano, tutto dominato dal « Verschuldensgedanken », e quella del Seckel, che vede per il diritto classico una « Haftungsform,... die ohne Rücksicht auf den subjektiven Tatbestand nur vor gewissen typischen Zufällen haltmacht » (p. 266). Seguendo questa linea interpretativa nel capitolo dedicato al rapporto tra *diligentia* e *custodia*, questo A. individua nelle Istituzioni di Gaio l'esempio-modello di questa « Zufallhaftung » propria del diritto classico. La *custodia* sarebbe, infatti, una « Haftung » per alcuni « casi », il furto ed il danneggiamento, per i quali il contraente che ne risponde sarebbe tenuto automaticamente. Ciò non impedirebbe comunque ad essa di essere delimitata, proprio in quanto anche chi *custodiam praestat* non risponde mai della *vis maior*. Il passaggio dal diritto classico a quello postclassico viene descritto come passaggio dalla « custodia-Haftung » al « Pflicht zur diligentia in custodiendo » (p. 269). La distinzione tra una « Zufallhaftung » (classica) ed una « Verschuldenshaftung » (diritto postclassico) trova proprio nel concetto di *vis maior* un punto di riferimento speculare che indicherebbe il mutamento di prospettiva: mentre per i giuristi classici la *vis* è il limite della *custodia* e quindi anche della responsabilità per tutti i « casi » che non siano *vis maior*, per i giuristi postclassici, essa indicherebbe il limite della responsabilità per colpa (p. 283-284).

Se rispetto al problema della *custodia* il Kunkel si limita a rafforzare le tesi già sostenute dal Seckel, ed in parte a precisarne l'articolazione storica superando il binomio diritto classico/ diritto giustinianeo, riguardo il rapporto tra *diligentia* e *culpa* l'apporto dello studioso tedesco dimostra tutta la sua importanza in ordine a quello che verrà poi considerato nella sua globalità il « sistema classico di responsabilità oggettiva ». Partendo sempre dalle Istituzioni gaiane, valutate come unico e vero modello del diritto classico, il Kunkel ritiene che non esista in questo periodo una *culpa* come negligenza, e che questo valore semantico della parola *culpa* debba imputarsi ai bizantini (p. 287). Questa prospettiva, condizionata da una unilaterale lettura del diritto classico, permette però alla romanistica di scindere il concetto di *cul-*

D. *I tentativi di ricostruire in modo unitario e sistematico la 'responsabilità' contrattuale classica* (PFLÜGER, VISKY, MARTON).

Lo spunto del Kunkel, ripreso poi dall'Arangio-Ruiz, relativo ad una *culpa* separata inizialmente dalla diligenza, e quindi nella

---

pa da quello di *diligentia*, e pone le basi per una ricostruzione del modello classico tutta centrata su di un sistema 'oggettivo', che di per sè non sarebbe necessariamente contraddetto dalla classicità dei richiami alla *culpa*, in quanto essa non avrebbe originariamente il significato di negligenza, ma al contrario avrebbe « eine... objektive Färbung, eine Beziehung auf eine bestimmte schuldhafte Handlung » (p. 337 sg.).

Certamente non sfugge l'importanza del risultato 'indiretto' della ricerca del Kunkel, che seppure caratterizzata dal fine diretto di comprendere l'apporto del diritto postclassico al problema della responsabilità contrattuale, finisce con il fornire un quadro omogeneo del diritto classico, in cui hanno un posto centrale sia la *custodia* che la *culpa*, entrambi esempi, però, di una 'responsabilità oggettiva', in quanto anche la colpa non indicherebbe originariamente una 'responsabilità per negligenza'. Sulla contraddizione intrinseca di una tale operazione interpretativa vd. le osservazioni di C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., p. 8-9; p. 14-15; p. 17-19.

(78) L'opera dell'ARANGIO-RUIZ (*La responsabilità contrattuale in diritto romano. Corso 1926-1927*, Napoli (1933 [2]; rist. 1958), Jovene) viene, da un lato, a fissare i risultati che possono considerarsi acquisiti, e d'altro lato a cogliere, in base ad una sempre maggiore sensibilità storica, i limiti di questi stessi.

Questo autore vede essenzialmente due sistemi di responsabilità contrattuale, uno classico ed uno giustinianeo. Il primo, di natura « oggettiva », avrebbe nel dolo (nella sua accezione larga) e nella *custodia*, i criteri fondamentali per il riconoscimento di una responsabilità del debitore, mentre il secondo, attraverso l'acquisizione della riflessione teorica delle Scuole orientali, sarebbe tutto costruito sulla *culpa*, intesa oramai come imperizia, imprudenza e negligenza. Questa sommaria schematizzazione, che peraltro non fa giustizia dei numerosi spunti originali e delle articolazioni in cui la materia viene descritta da questo A., serve però a collocare quest'opera in quella che dopo il Seckel ed il Kunkel poteva oramai considerarsi la tesi dominante. Ciò non impedisce all'Arangio-Ruiz di impostare il problema in modo nuovo, distinguendo i criteri di responsabilità in base al diverso contenuto dell'obbligazione: così la responsabilità nelle obbligazioni di *dare* sarebbe fondata sul *factum/culpa debitoris* (cap. I, pp. 9-28); così quella nelle obbligazioni di conservazione di una cosa, sulla *custodia* intesa come « Zufallhaftung », come *periculum* delimitato dalla *vis maior* (III-IV-V, pp. 62-161); così quella nelle obbligazioni di *facere* 'in senso ampio', sulla *culpa* (cap. VI pp. 180 sgg.). A riguardo val la pena notare come questo autore, seppure parta a sua volta da una concezione dogmatica precostituita, almeno nei termini in cui viene proposta (torto→colpa→responsabilità p. 2-3; delimitazione della rilevanza dell'inadempimento all'impossibilità assoluta della prestazione p. 5-6), riesce a fornire un quadro articolato del problema, tanto da anticipare su molti punti di diverse decine d'anni la dottrina successiva. L'eredità della dogmatica pandettistica, se anche in parte scalfita dal riconoscimento in diritto classico di una 'responsabilità senza colpa', opera comunque nella ricostruzione generale dei due sistemi,

loro prospettiva ascritta alla 'responsabilità oggettiva', cioè para-

---

ed in particolare impedisce di 'pensare' ad una responsabilità 'illimitata'. La differenza tra il sistema classico e quello giustinianeo sarebbe solo nella maggiore estensione che l'imputazione nel primo può raggiungere, ponendo a carico del debitore « un certo rischio [sc.quello della *custodia*] entro i limiti del quale egli sia tenuto a rispondere » (p. 6). Questa prospettiva sarebbe pienamente confermata, secondo l'Arangio-Ruiz, proprio dal *custodiam praestare*, dove si parla altresì di *periculum*, il quale però andrebbe tenuto distinto dall'altro significato che questo termine assume nelle fonti, come « rischio degli accadimenti di forza maggiore » (pp. 100-101). Con il riconoscimento di un *custodiam praestare* viene posto a carico dell'obbligato un rischio, rischio parziale e mai totale, il che contraddistinguerebbe proprio la peculiarità della responsabilità per *custodia* (pp. 162-163). La ricostruzione del sistema classico di responsabilità esclusivamente sul dolo e la *custodia* sembra comunque porre alcuni problemi, dato che accettare questa lettura delle fonti significherebbe ricorrere in modo generalizzato alla critica interpolazionistica per tutte le fonti che parlano invece di *culpa*; e qui torna utile all'Arangio-Ruiz la via aperta dal Kunkel in base alla quale *culpa*, nel significato di negligenza, imperizia e imprudenza, sarebbe sconosciuta al diritto classico, ma sarebbe maturata in quello postclassico e giustinianeo. La *culpa* sarebbe collegata inizialmente solo a « fatti commissivi » (p. 232) ed esprimerebbe la semplice « imputabilità » (p. 202), coerentemente ad un presunto uso del termine con questo significato nella responsabilità aquiliana.

Venivano in questo modo confermate le ipotesi 'indirettamente' emerse dal contributo del Kunkel, lasciando peraltro maggiore spazio ad una articolazione storica all'interno dei due sistemi, che rimangono, nel quadro offerto dall'Arangio-Ruiz, profondamente antitetici.

(79) Una volta entrata in crisi la nozione della 'responsabilità' intesa esclusivamente come *Verschuldenhaftung*; una volta estesosi il significato della parola anche all'imputazione senza colpa, si ponevano inevitabilmente le basi per una riconsiderazione dei limiti di questa. In particolare si viene a restringere l'àmbito del « caso fortuito », non più contrapposto alla *culpa*, ma, in base all'individuazione di criteri oggettivi di responsabilità, soggetto a distinguersi tra *casus minores*, interni alla 'responsabilità oggettiva', e *casus maiores* comunque a questa esterni.

Fondamentale a riguardo è l'opera, rimasta incompiuta, del LUZZATTO (*Caso fortuito e forza maggiore* cit.), che, sebbene parta dalla prospettiva dei limiti della 'responsabilità', giunge nella sostanza a risultati analoghi a quelli del Kunkel e dell'Arangio-Ruiz. In particolare questo A. ritiene che nel diritto classico non si possa parlare di « caso fortuito » nelle *obligationes ex contractu* (pp. 29 sgg. e le conclusioni a pp. 263-264), in quanto in quest'epoca i criteri d'imputazione utilizzati dalla giurisprudenza lo escluderebbero. Per il Luzzatto solo « due soluzioni sono possibili rispetto al problema della responsabilità contrattuale: o attribuire al debitore una determinata porzione di rischio, una responsabilità assoluta per certi eventi obiettivamente considerati; oppure configurarne la responsabilità secondo un prototipo astratto di contegno, a cui il debitore è tenuto a conformarsi, ed in base al quale si valuta la responsabilità di quest'ultimo per il mancato adempimento della prestazione »; da ciò discenderebbe che, mentre « nel primo caso, il problema è solo di vedere se una determinata fattispecie rientra o meno in quella misura obiettiva di rischio che viene addossata al debitore », « nel secondo, è necessaria invece la ricerca dei li-

tualmente 'senza colpa' (80), porta ad una serie di contributi i quali tendono a recuperare il grande numero di testi nei quali i giuristi classici avevano già fatto ricorso a questo criterio.

Questo recupero non avviene però in modo univoco, ma sono percorse due strade diverse: da un lato, si critica la concezione di un'esclusiva 'responsabilità oggettiva' per il diritto classico da contrapporsi alla 'responsabilità soggettiva' del diritto giustinianeo e si ritiene che in realtà anche quello classico sarebbe un sistema di responsabilità costruito su criteri soggettivi (81); d'al-

---

miti del contegno soggettivo che a questo è imposto, oppure delle circostanze che ne escludono la responsabilità »; perciò « la creazione di una teorica (d)el caso fortuito » (pp. 27-28) nel diritto romano non potrà che aversi quando ai criteri del *factum debitoris* nell'obbligazione di *rem dare*, del dolo nelle obbligazioni tutelate con *iudicia infamanti* e della *custodia* intesa come responsabilità « in linea assoluta per furto e *damnum iniuria datum* » (p. 25), si sovrapponga un criterio « astratto », fondato sulla colpa intesa come « inosservanza della *diligentia diligentis patrisfamilias* » (p. 86) (nello stesso senso il successivo *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in BIDR.63 (1960), pp. 57-58).

In questa prospettiva si rileva che dove il termine *casus* « compariva già nei testi classici, esso indicava puramente e semplicemente quell'evento, quella fattispecie singola, che veniva addossata al debitore o della quale questi non rispondeva; mentre soltanto ai compilatori postclassici e giustinianei sarebbe da attribuire, sempre nell'àmbito della responsabilità contrattuale, la trasformazione del termine, nel senso di quell'evento che esorbita dal dovere di *diligentia* ordinario del debitore, e dal quale, appunto perché ne esorbita, questi va indenne » (p. 67). Queste considerazioni, seppure nella loro schematica approssimazione, potevano indubbiamente rappresentare un indizio, e di non piccola importanza, della necessità di un superamento di quei limiti concettuali che la parola 'responsabilità', sebbene estesa a criteri oggettivi d'imputazione come la *custodia*, portavano necessariamente con sè. Purtroppo il Luzzatto, nè nella verifica esegetica che segue a queste considerazioni nella monografia del 1938, nè nei contributi successivi, riesce a liberarsi da questo condizionamento, riconoscendo sempre « il caso fortuito nell'àmbito della responsabilità contrattuale » esclusivamente come responsabilità per *custodia*; vd. *Spunti critici* cit., in BIDR.63 (1960),pp. 47-127, dove il Luzzatto, dopo aver ridiscusso i contributi anche più recenti sul punto, ritiene di non doversi discostare di troppo dalla precedente pubblicazione, salvo che per una maggiore considerazione, già per l'età classica, della *diligentia*, che andrebbe comunque avvicinata al dolo e non alla colpa (pp. 93 sgg. e in particolare sul rapporto *diligentia-culpa* e *diligentia-dolus* pp. 112 sgg.); vd. altresì *Dolo*, ED.XIII (1964), pp. 712 sgg.

(80) Vd. *supra*, nt. 77-78.

(81) Così il PFLÜGER (*Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, in ZSS.65 (1947) R.A., pp. 121-218), il quale articolando il suo contributo in base ai vari rapporti obbligatori (il comodatario pp. 121-138; il creditore pignoratizio pp. 139-147; il marito convenuto con l'*actio rei uxoriae* pp. 147-162; il tu-

tro lato, si fa il tentativo di attrarre anche la *culpa* nella 'responsabilità oggettiva' (82).

---

tore pp. 162-169; il mandatario pp. 169-182; il *negotiorum gestor* pp. 182-187; il socio pp. 188-192; il conduttore *rei* e *operis* pp. 193-204; il venditore pp. 205-217), ci tiene a precisare che per i classici la *culpa* era *in faciendo* (p. 123); che il *diligentiam praestare* era o una « Nebenverpflichtung » come per il comodatario rispetto alla sua « Hauptverpflichtung » di *reddere*, o una « Hauptverpflichtung » come per il tutore (p. 124 e p. 164); e che la « Haftung für custodia » in realtà non sarebbe una « Zufallhaftung » come vorrebbero Seckel e gli altri, « sondern gleich der Haftung für *diligentia* Verpflichtung zu einem Tun, ja geradezu eine Art Diligenzpflicht » (p. 125).

La ricostruzione del Pflüger si oppone quindi alla teoria dominante della 'responsabilità oggettiva' nel diritto classico, e lo fa seguendo alcuni spunti già emersi in relazione al concetto di *culpa*. In particolare, la concezione della colpa come colpa *in faciendo* si dimostra per questo A. la via esclusiva per salvare un grande numero di testimonianze dove il termine ricorre insieme a *diligentia*. Con ciò, però, non sembra che il Pflüger riesca a sottrarsi da un logica di necessaria contrapposizione tra 'responsabilità oggettiva' e 'soggettiva', in quanto egli si trova costretto a reinterpretare anche il *custodiam praestare* come *diligentia in custodiendo*.

(82) Su questa via sembrano porsi i due contributi del MARTON e del VISKY, i quali, senza negare la classicità della *culpa* come condizione di 'responsabilità', ritengono possa riconoscersi a questo concetto un significato 'oggettivo' a cui si contrapporrebbe il significato 'soggettivo' dell'epoca post-classica e giustinianea. Il MARTON, senza peraltro un'adeguata riconsiderazione delle fonti in materia, ridisegna il « développement probable du système classique romain » (*Un essai de reconstrucion du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in RIDA.3 (1949), *Mélanges De Visscher* II, pp. 177-191). In particolare sarebbe possibile, per questo autore, fissare i momenti di questo sviluppo: da un lato la concezione arcaica testimoniata dalle XII tav., caratterizzata da una 'responsabilità di risultato' (« Erfolgshaftung ») (p. 178); d'altro lato i mutamenti legati per la responsabilità contrattuale alla « interprétation de l'exigence de la *bona fides* », e per quella delittuale alla interpretazione « de l'*iniuria* » nella *lex Aquilia* (p. 179). Rispetto alla prima, il Marton, fondandosi sulla famosa testimonianza ciceroniana in materia di mandato (*pro Roscio* 38,111), ritiene che un primo passo verso l'estensione alla *culpa* si avrebbe attraverso l'equiparazione, fatta dai *maiores*, della « grande negligenza » alla *malitia*, ciò che in altre parole confermerebbe la notizia di Celso sull'equiparazione della *culpa lata* al *dolus* di D.16,3,32 (p. 181). Il secondo passo, quello cioè della rilevanza della *culpa levis*, sarebbe invece correlato all'espansione dei traffici, che avrebbe altresì modificato i contenuti degli obblighi delle parti; dal debitore, secondo la *fides*, non si attende soltanto un alcunché di « négatif », ma « ils devaient bien exiger de lui un surplus *positif* », che viene identificato nella « diligence active » (p. 187). In questo quadro, secondo il Marton, la *custodia* non andrebbe spiegata come una « responsabilité spéciale, singulière »; non si tratterebbe in sostanza di « una responsabilità oggettiva isolata ed inglobata in un sistema di responsabilità soggettiva » proprio in quanto l'intero sistema da lui disegnato sarebbe

In questi casi, però, il tentativo di superare i limiti della dottrina dominante è pregiudicato dalla incapacità di vedere il problema in modo articolato, non come espressione di un sistema unitario, e di superare, nella valutazione dei criteri di imputazione elaborati dalla giurisprudenza classica, la superficiale descrizione di questi attraverso le categorie di 'responsabilità per colpa' e di 'responsabilità senza colpa'. È evidente come in questi limiti si annidi tutto il peso di una concezione 'unitaria' della

---

[illegible] tout objectif » (p. 189); (sulla *custodia*, senza ulteriori approfondimenti cfr. anche G. MARTON, *Rinascita della dottrina classica della responsabilità per custodia*, in Iura 7 (1956), pp. 124 sgg.). A questa affermazione, però, non segue un'adeguata spiegazione di ciò che questo A. voglia intendere, non riuscendosi in definitiva a capire in cosa la ricostruzione da lui proposta si discosti nella sostanza da quelle che avevano preceduto la critica interpolazionistica e l'enunciazione di una *Zufallhaftung*. Per le riserve storiche e dogmatiche del pensiero del Marton vd. G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di responsabilità* cit., in BIDR.63 (1960), pp. 82-86; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I* cit., pp. 11-16; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino (1969), Giappichelli, pp. 17-19.

Entro una prospettiva storica più limitata (diritto romano alla fine della repubblica) si pone il lavoro del VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in RIDA.3 (1949), *Mélanges de Visscher* II, pp. 437-484; vd. altresì *Bemerkungen zur Entwicklung des kontraktuellen Haftungssystem im antiken römischen Recht*, in *Acta antiqua* (Acc. Sc. Hung.) 20 (1972), pp. 371 sgg. La struttura interna del contributo è pervasa da un'idea di sviluppo analoga a quella che abbiamo visto emergere per il Marton: originariamente si sarebbe avuta una contrapposizione solo tra *dolus* e *casus* (al tempo delle XII tav.); mentre la fine dello sviluppo, in età giustinianea, vedrebbe una complessa articolazione della responsabilità, tutta comunque centrata sulla *culpa* (pp. 436-437). Il Visky vuole allora precisare storicamente il momento in cui si inizia a ricorrere alla *culpa* per porre a carico dell'autore le conseguenze del danneggiamento o del debitore quelle dell'inadempimento. L'analisi dei passi richiamanti giuristi dell'ultimo secolo della repubblica, peraltro non caratterizzata dall'approfondimento da essi meritato, portano questo A. a riconoscere una responsabilità condizionata sia dal dolo, sia dalla colpa come diligenza, ed in campo contrattuale anche dalla « custodia » (pp. 480-484). Come il Marton anche questo A. reinterpeta il *custodiam praestare* in termini di « *diligentia* » ed in tal modo la considera una vera e propria « articulation intérieure de la *culpa* » relazionata alla particolare sorveglianza che il debitore deve avere sulla cosa altrui che è presso di lui nel suo stesso interesse (p. 482). Ed allo stesso modo il Visky ci tiene a precisare che la *culpa* non significherebbe solo negligenza ma « en général une conduite fautive au point de vue de la fidélité contractuelle », sì da assumere a suo avviso una « tinta oggettiva » (p. 482). Il quadro offrirebbe, quindi, già per la fine della repubblica una responsabilità per dolo, colpa, diligenza e custodia, mentre la « forza maggiore » segnerebbe in ogni caso il suo limite (pp. 483-484).

responsabilità che impedisce all'interprete di liberarsi completamente della mediazione pandettistica e che lo porta a ricostruire un quadro delle condizioni di 'responsabilità', di fatto, centrate sulla colpa.

E. *Il superamento del concetto di 'responsabilità oggettiva'* (*la* 'Versicherungshaftung' *del* KRÜCKMANN *e l''autoresponsabilità' del* BETTI).

Una strada diversa nella critica alla concezione dominante viene percorsa da alcuni autori al fine di superare la spiegazione meramente descrittiva di una serie di criteri utilizzati dalla giurisprudenza classica in termini di 'responsabilità senza colpa'. Si cerca in sostanza di trovare concetti idonei ad esprimere la concezione classica della 'responsabilità' prescindendo dalla sua qualificazione in termini di 'responsabilità oggettiva'. All'interno di questi sforzi rientrano, ad es., quelli che portano all'elaborazione della *Versicherungshaftung* (VH.) da parte del KRÜCKMANN (83) e dell'« autoresponsabilità » da parte del BETTI.

(83) Il KRÜCKMANN, in una serie di articoli, partendo dal riesame della regola *periculum est emptoris* (*Einige Randfragen zum periculum emptoris*, in ZSS.59 (1939) R.A., pp. 1-30; *Periculum emptoris*, in ZSS.60 (1940) R.A., pp. 1-79), viene maturando una valutazione autonoma del problema della *Haftung* nel diritto romano. In particolare questo A. ritiene di poter spiegare una serie di soluzioni classiche ricorrendo al concetto moderno di « Versicherungshaftung » (VH.); *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in ZSS. 63 (1943) R.A., pp. 1-53. Per il Krückmann bisognerebbe distinguere la VH. dalla « Zusicherungshaftung » (ZH.). Mentre quest'ultima si relaziona alla prestazione che si deve, come alle qualità della cosa dovuta, la VH. sarebbe diretta, al contrario, ad 'assicurare' certi eventi, certi accadimenti, e certe situazioni che il debitore non può o non vuole impedire (p. 5). Mentre per la ZH. il risarcimento verrebbe in gioco solo una volta accertata l'assenza della qualità garantita o la presenza del vizio escluso, nella VH. il risarcimento sarebbe direttamente ed unicamente lo scopo della « Versicherung » (p. 5). In altre parole: « 'Zusicherung' riguarda nella regola i dettagli di una prestazione principale o rafforza la 'Haftung' per una prestazione principale dovuta, rimane, cioè, sostanzialmente all'interno della specie [Art] della prestazione principale; 'Versicherung' invece è in relazione al denaro, quando sia accaduto un qualche fatto, per il quale il debitore della prestazione principale non incontra alcuna responsabilità per colpa, poiché manca una colpa » (p. 6). Posta una tale distinzione, che nasconde peraltro, su un piano puramente dogmatico, una circolarità di fondo tra i due concetti (circolarità che non sembra sfuggire allo stesso Krückmann, che riconosce come « a ciascuna 'Zusicherung' può essere ascritto un 'Versicherungszweck' », e come ciò

Il tentativo del Krückmann non sembra, però, portare ad una migliore comprensione delle soluzioni romane, ed anzi sembra invece confondere maggiormente le acque; che se da un lato la VH.

sia particolarmente evidente quando « die zugesicherte Naturalleistungspflicht aus irgendeinem Grunde, besonders infolge von unbehebbarer Mangelhaftigkeit oder Unmöglichkeit der Leistung in eine Ersatzpflicht verwandelt »; p. 8), mi sembra non possa negarsi che nella distinzione proposta dal Krückmann riecheggi comunque la distinzione tra *Schuld* e *Haftung*, e ciò in un àmbito particolare, in relazione proprio a quelle situazioni che nelle fonti vengono invece attratte tutte in modo unitario nel *praestare*, come garanzie esplicitamente promesse o implicitamente contenute nell'obbligazione assunta. E non è un caso che proprio D.21,2,31 venga citato dal Krückmann come classico esempio di ZH. Al di là delle riserve che su un piano puramente dogmatico possono nutrirsi per la distinzione del Krückmann (vd. quanto dico nel testo), essa non sembra, poi, servire allo scopo per la quale viene richiamata da questo A., e cioè per meglio spiegare il sistema della 'responsabilità' del diritto romano. Il Krückmann, infatti, distingue tra una « gesetzliche Versicherungshaftung », della quale esempi caratteristici sarebbero la « Haftung » dell'*habitator* per le cose *effusae vel deiectae* dalla abitazione; del proprietario degli animali che abbiano arrecato ad altri un danno (*actio de pauperie*) etc., in ipotesi in sostanza per le quali « von Verschulden ist keine Rede » (pp. 2-4); ed una « rechtsgeschäftliche Versicherungshaftung » nella quale si ricorda il *praestare*, ad es., del comodatario della res *commodata* data *aestimata* in D.13,6,5,3; dell'*horrearius* in C.4,65,1; del colono in D.19,2,9,2 e 30,4; dell'*artifex* in D.19,2,13,5; del *nauta* in base alla *lex Rhodia de iactu*; dei *nautae caupones et stabularii* in base all'editto *de receptis* etc. (pp. 4-14). Ulteriori esempi di una VH. in diritto romano sarebbero poi la « garanzia del creditore e fattispecie analoghe » (pp. 14-16); la « responsabilità per il fatto del terzo » (pp. 17-25); la cd. « *culpa in contrahendo* » (pp. 25-37). In questo quadro si inserirebbero anche le finzioni di colpa, l'estensione dell'obbligo di diligenza e la *custodia* (pp. 37 sgg.); d'altronde sia il modello dell'uomo *diligentissimus* sia la *custodia* sarebbero a loro volta ipotesi particolari di « finzione di colpa » in quanto il primo sarebbe un modello inesistente nella realtà (p. 43), mentre la seconda nasconderebbe sempre una « omissione negligente » (« fahrlässiges Unterlassen ») (pp. 41-42; p. 48). Il rapporto tra *culpa* e *custodia*, poi, sarebbe da spiegare in questo modo: sebbene i romani conoscano la *culpa*, essi non avrebbero dato rilevanza alla omissione colposa (« schuldhaft Unterlassung ») fino al riconoscimento di un *custodiam praestare*: perciò *custodia* non significherebbe mai « Zufallhaftung » (pp. 48-49). A questo punto il Krückmann deve però riconoscere che in parte questa affermazione non è esatta, in quanto nella *custodia* vi è una « Dritthaftung » e quindi, indirettamente, una « Zufallhaftung » rispetto a questa esclusiva ipotesi. Questi risultati della ricerca del 1943 trovano un ulteriore sviluppo in un contributo sulla *custodia*, pubblicato dopo la morte del Krückmann (*Custodia*, in ZSS.64 (1944) R.A., pp. 1-56), nel quale si viene a consolidare la rilettura di questa condizione di responsabilità in chiave di colpa, rilevando peraltro che tale concezione della *custodia* per così dire « im Schatten des Verschuldens », permetterebbe di porre a carico del soggetto per il quale si riconosce una certa « Zufallhaftung » (pp. 53 sg.).

sembrerebbe a sua volta una 'responsabilità senza colpa', d'altro lato in essa vengono comprese le soluzioni costruite sulla *culpa*, sia come estensione della normale diligenza, sia come finzione di colpa, sia, infine, come *custodia* = omissione colposa (84). Tale stato di cose si complica, altresì, quando il Krückmann, in contrasto con la terminologia romana che parla in entrambi i casi di *praestare*, vuole tenere ben distinte la *Zusicherungshaftung* e la *Versicherungshaftung*, ma in definitiva non riesce ad andare al di là di una riproposizione in chiave leggermente diversa della distinzione tra 'debito' e 'responsabilità' (85).

Dal punto di vista della ricostruzione storica, poi, la riconsiderazione delle testimonianze in chiave di VH. non apporta alcun vero progresso alla ricerca romanistica, in quanto anche rispetto alla *custodia* la sua operatività in un sistema, contemporaneamente alla *culpa*, viene sciolta in favore della seconda, riproponendosi in definitiva un modello sostanzialmente 'soggettivo'.

Riserve possono esprimersi anche per l'autoresponsabilità bettiana (86). La necessità di riconsiderare la concezione domi-

(84) Cfr. nt. precedente.

(85) Sulla tesi del Krückmann vd. altresì le critiche di M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in SDHI.20 (1954), pp. 139 sgg.

(86) Lo sforzo del BETTI è legato ad una riconsiderazione dogmatica degli strumenti d'analisi dell'interprete moderno rispetto al diritto antico; sul metodo bettiano vd.il volume 7 (1978) dei *Quaderni Fiorentini* nel quale tra gli altri P. COSTA, *E. Betti: dogmatica, politica, storiografia*, pp. 311-393; G. CRIFÒ, *E. Betti: Note per una ricerca*, pp. 165-287; A. SCHIAVONE, *'Il nome' e 'la cosa'. Appunti sulla romanistica di E. Betti*, pp. 293-310; A. DI GENNARO, *E. Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, pp. 79-111; a cui si aggiungano le considerazioni di M. TALAMANCA, *Esperienza scientifica* cit., pp. 716-721.

La proposta del BETTI, frutto di una lunga riflessione, esprime il convincimento dell'inidoneità di limitare il problema ad una questione di qualifiche ('resp. oggettiva' o 'soggettiva'). Questa consapevolezza maturata col tempo (tra gli altri contributi *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *St. de Francisci* I (1956), pp. 133 sgg.; *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma (1958); *Rischio contrattuale, atto illecito, negozio giuridico: lezioni di diritto romano*, Roma (1959), Ricerche; *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in ZSS.82 (1965) R.A., pp. 123 sgg.) trova un'espressione conclusiva e di sintesi nelle *Istituzioni di diritto romano*, II,1, (Padova, Cedam) del 1962, dove, riconsiderando in generale il problema, questo A. utilizza il concetto di « autoresponsabilità », che seppure non enunciato dai giuristi romani, sarebbe sottinteso dalle loro soluzioni. In particolare, dovendosi

nante, che vede per il diritto classico essenzialmente una 'responsabilità oggettiva', porta il Betti a superare aspetti puramente

distinguere tra « inadempimento » e « responsabilità », cioè tra illecito e sua sanzione, il Betti ritiene che da un lato vi sarebbe l'« elemento soggettivo della fattispecie », cioè « l'imputabilità » e dall'altro appunto la « responsabilità » (p. 333). Una volta fatte queste precisazioni di natura dogmatica, questo A. rileva che « la chiave di volta per intendere la concezione romana dell'inadempimento imputabile ... — quindi per intendere tutto il / problema della responsabilità che si ricollega al mancato adempimento, quando è imputabile » sarebbe « data da un'i d e a che i giuristi romani non hanno enunciato, ma con la quale essi operano, e che noi moderni possiamo caratterizzare come '*autoresponsabilità*' » (p. 332-333). I romani avrebbero in sostanza operato con quest'idea « inconsapevolmente ». I moderni che ne hanno tentato una spiegazione « sotto l'influenza dei moderni idola fori, sono ricorsi incautamente (...) a formole di comodo, che non esitiamo a qualificare erronee » (p. 333). Così sarebbe erroneo parlare di « dolo oggettivo » o « oggettivato » rispetto all'imputazione dell'inadempimento delle obbligazioni di *dare*, o di « responsabilità oggettiva » rispetto alla *custodia* (p. 333). In realtà, per il Betti, si tratterebbe di questo: « che il comportamento del debitore, quando manchi l'adempimento dell'obbligazione (...), inquadrato in un tipo di situazione sociale che importa in astratto un potere e un onere di controllo e di prevenzione del danno possibile per il creditore, viene sottoposto dai giuristi romani ad una valutazione e interpretazione t i p i c a alla stregua di criteri oggettivi rispondenti a certe vedute sociali in fatto di etica della cooperazione » (p. 333) [lo spaziato è sempre mio]. Ora però « dal fatto che, per riconoscere imputabile un inadempimento, i giuristi non richiedano una indagine da condurre nel caso specifico, per accertare se vi sia stata in concreto una *culpa* dell'inadempiente, e anzi da una simile indagine essi prescindano, sarebbe erroneo inferire che qui i romani ammettano una responsabilità n o n l e g a t a a una culpa o addirittura a oggettivare il dolo » (p. 334). L'intima contraddizione di queste costruzioni sarebbe evidente nell'impossibilità, tutta moderna, di concepire una « responsabilità per il 'factum' proprio, senza arrivare a postulare — e magari a fingere — una sorta di dolo oggettivato, o di culpa presunta, e così via » (p. 334). Tali costruzioni sarebbero manchevoli proprio nella premessa dogmatica da cui ritengono di muovere, di una necessaria contrapposizione tra « factum debitoris » e « colpevolezza ». Esse ignorerebbero « la nozione dell'*autoresponsabilità*, intesa come necessità, nella quale il debitore inadempiente si trova, di subire egli stesso le conseguenze di un suo contegno volontario, positivo, con cui ha determinato, a danno del creditore, l'impossibilità della prestazione dovuta » (pp. 334-335). Ragionamento analogo avrebbe fatto rispetto al *custodiam praestare*: anche in questo caso si tratterebbe di un esempio dell'idea di 'autoresponsabilità', cioè di una « valutazione *tipica* della situazione che è stata creata con l'affidamento della *res* » (p. 351). *Custodia* in questo senso (da tenere distinta dalla custodia come sorveglianza), sarebbe « un potere-onere, il cui vigile esercizio nella normalità dei casi, secondo l'esperienza dell'id quod plerumque accidit, è idoneo — s'intende: idoneo in astratto — a difendere la res da eventi come il furto o come il danneggiamento » (p. 352). L'imputabilità si ricaverebbe in queste ipotesi in base ad « una valutazione tipica » effettuata « sulla scorta di criteri oggettivi ». Ciò però, per il Betti, non dovrebbe condurre, come invece al-

'negativi' (assenza della colpa) di una concezione romana della 'responsabilità', e a ricercare il fondamento 'positivo' delle soluzioni dei giuristi classici. Da questo punto di vista non c'è dubbio che il contributo di questo Autore rappresenti un notevole passo in avanti, che indica, per così dire, la strada da seguire se ci si vuole liberare da un filtro concettuale che impedisce di comprendere nella loro essenza una serie di criteri applicati dalla giurisprudenza preclassica e classica in relazione all'inadempimento. Nel Betti, però, questa ricerca non sembra trovare un'adeguata soluzione, in quanto l'autoresponsabilità ha ugualmente nella colpa il modello per individuare una responsabilità, modello che sarebbe il frutto — ed è qui la particolarità — di una interpretazione 'tipizzata'. Rientra nel procedimento logico dell'interprete ciò che si era voluto escludere, in quanto il concetto di 'autoresponsabilità' altro non sarebbe che una 'responsabilità per colpa', con l'unica differenza che la colpa qui sarebbe riconosciuta in base a criteri che prescindono dalla concreta condotta del contraente. In definitiva, viene a ricrearsi quella centralità della *culpa* che aveva condizionato il riesame delle soluzioni romane attraverso le due categorie 'responsabilità per colpa' / 'responsabilità senza colpa', centralità che sebbene maturata da un certo momento in poi nello stesso diritto romano, potrebbe riflettere, se presa come modello sistematico utilizzabile in ogni momento dello sviluppo storico del problema, una preoccupazione dogmatica tutta moderna nella quale è evidente lo sforzo di astrarre dalle fonti un criterio generale ed unitario (sia da un punto di vista positivo che negativo) per imputare l'inadempimento. In questo modo, però, si rinuncia alla ricchezza di prospettive e alla

cuni autori fanno, a considerare questa 'responsabilità' una 'responsabilità oggettiva' nel senso di responsabilità senza colpa: « È questa una qualifica sbagliata e, ..., comunque impropria », « qui la colpa non è affatto irrilevante, ma viene *valutata tipicamente*, sulla base della situazione oggettiva » (p. 353). In definitiva i romani opererebbero « con criteri di valutazione tipica, ché attingono la loro ultima giustificazione all'idea di autoresponsabilità: sulla base della situazione creata con l'affidamento, in ragione del potere di controllo e quindi di prevenzione del furto e del danno, essi accollano al consegnatario la custodia come garanzia di conservazione in vista di una restituzione, senza che da questa responsabilità il consegnatario si possa esimere col dimostrare di essere stato diligente nel custodire » (p. 354).

complessità delle soluzioni che le fonti ci tramandano e che, nello sforzo di sintesi dogmatica — tanto più se unilaterale —, necessariamente si perdono.

Il contributo del Betti, d'altronde, non si limita ad una critica del concetto di 'responsabilità oggettiva', ma viene anche a fissare una distinzione estranea alle fonti romane, quanto meno nella sua rigorosa formulazione, cioè quella tra 'responsabilità' e 'rischio' (87).

L'impostazione data al problema dal Betti offre il fianco ad una serie di critiche ed in particolare a quella stessa critica che egli fa alla dottrina dominante sull'uso del concetto di 'responsabilità oggettiva': si ha, infatti, nella distinzione dogmatica che il Betti stesso propone, un'influenza proprio di quella concezione della responsabilità che questo Autore vorrebbe in parte combattere. Le fonti romane parlano, come vedremo, invariabilmente di *culpam, diligentiam, custodiam praestare*, e di *periculum, casum, vim praestare*, il che esclude quantomeno che la distinzione tra 'responsabilità' e 'rischio' possa porsi nella prospettiva proposta dal Betti, alla quale invece deve precedere una riconsiderazione globale delle soluzioni, riesaminate proprio abbandonando un qualsiasi irrigidimento dogmatico a queste estraneo (88) e riconoscendo al concetto di 'responsabilità' un significato più ampio, proprio della prima fase della sua storia (89), simile in sostanza a

(87) Egli distingue, infatti, tra il problema della « imputazione dell'inadempimento » e la diversa questione della « sopportazione del rischio », che verrebbe in esame solo quando sia esclusa appunto la possibilità di 'imputare' al debitore *ex lege* o *ex pacto* l'inadempimento. Il '*periculum*' romano rappresenterebbe in questo senso, seppure a fronte di un esteso valore semantico della parola, un punto di riferimento importante, in quanto indicherebbe la perdita del *commodum obligationis*, cioè la « perdita del vantaggio che l'una o l'altra delle parti (o entrambe) si riprometteva dall'attuazione dell'assetto d'interessi divisato » (pp. 406-407). Il problema della sopportazione del rischio verrebbe in esame solo quando quello relativo all'imputabilità dell'inadempimento fosse risolto in senso negativo; sul punto in particolare vedi il contributo *Periculum* cit., in *St. de Francisci* I, pp. 135 sgg.

(88) D'altronde nel suo articolo sul *Periculum* cit., in *St. de Francisci* I, pp. 133 sgg. questa impostazione conduce il Betti a fornire un quadro delle fonti caratterizzato fortemente dal ricorso alla critica testuale.

(89) Vd. S. Schipani, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., in *Illecito e pena privata* cit., pp. 159 sgg.

quello di *teneri*, superando l'irrigidimento semantico venutosi a determinare con la pandettistica del secondo '800.

In definitiva, anche la proposta del Betti sembra fallire proprio nel superamento dei termini dogmatici entro cui la discussione nella romanistica si era fino ad allora svolta, non riuscendo a fornire una adeguata spiegazione e ricostruzione dei criteri di imputazione operanti nel diritto preclassico e classico accanto alla *culpa*, la quale anche rispetto al concetto di 'autoresponsabilità', sebbene in un significato particolare, viene a svolgere il ruolo di criterio fondamentale per il riconoscimento della 'responsabilità'.

F. *L'articolazione storica dei criteri di 'responsabilità' del diritto classico negli studi successivi.*

I tentativi di superare e correggere la ricostruzione dominante, se da un lato portano su singoli punti alcuni chiarimenti, d'altro lato non riescono a superare l'idea di base di quella: l'esistenza, in un certo momento del diritto romano, di una 'responsabilità' non fondata sull'indagine della condotta tenuta dal debitore, ma automaticamente operante una volta determinatesi alcune situazioni considerate di per sè rilevanti. L'esistenza di una serie di criteri attraibili in una categoria unitaria, quella della 'responsabilità senza colpa', della 'responsabilità oggettiva', è, quindi, un punto fermo dal quale riparte l'indagine romanistica.

Ed infatti, i limiti riscontrati nelle ricerche viste nei due paragrafi precedenti portano una serie di autori a riprendere in mano la questione, seguendo il filone tradizionale e cercando di apportare a questo alcune significative precisazioni (90).

(90) Ad esempio il SARGENTI (*Problemi della responsabilità contrattuale*, in SDHI.20 (1954), pp. 127-258), mosso dalla necessità di ricercare il « criterio obbiettivo di responsabilità », parte da quegli spunti, già presenti nel Luzzatto, per capire se nel periodo classico possa esistere un « criterio sicuro e generale per fissare il limite estremo della responsabilità » (p. 127), concludendo che « questo punto di riferimento e questo limite non possono essere stabiliti in termini generali ed astratti, senza ricadere nell'ingannevole criterio dell'assenza di colpa » (p. 134). Una tale prospettiva è certo legittima, in quanto vuole superare il pregiudizio della dottrina sopra ricordata, rinchiusa in una « alternativa fra *culpa* e *custodia* » cercando « di ridurre alla *custodia* tutte le forme di responsabilità obbiettiva che sono state via via escogitate dalla giurisprudenza romana con metodo eminentemente casistico ». Quel modo di ricostruire la responsabilità, per il Sargenti, importerebbe « uno schematismo non meno pericoloso di quello che imperniava tutto il problema della responsabilità sulle categorie del dolo e della colpa, e sulle gradazioni di quest'ultima » (p. 161). Il rilievo è importante e non vale solo per la critica interpolazionistica, per la quale vi è un 'sistema' di 'responsabilità soggettiva' nel diritto giustinianeo costruito sulla *culpa* e un 'sistema' di 'responsabilità oggettiva' espresso essenzialmente nella *custodia* nel diritto classico, ma altresì per quegli autori nei quali il tentativo di recuperare una operatività della *culpa* nel diritto classico portava necessariamente o ad attrarre la *culpa* stessa nel sistema oggettivo o a reinterpretare la *custodia* in termini di diligenza. Il Sargenti propone, quindi, una interpretazione restrittiva dell'àmbito di applicazione della *custodia*, « caposaldo » della quale sarebbe « la legittimazione all'*actio furti* » (p. 213), e che dovrebbe limitarsi ai rapporti citati da Gaio, cioè il comodato e la locazione con il fullone (p. 211). A prescindere da altri profili di questo contributo non rilevanti ai fini di queste considerazioni introduttive (in particolare il Sargenti opera una rilettura del problema della *perpetuatio obligationis* pp. 162-200; e del *periculum rei venditae*, pp. 200-258), l'impostazione di questo A. coglie nel segno quando critica la tendenza ad estendere il più possibile la *custodia*, come condizione di 'responsabilità senza colpa', proprio perché questa estensione nasconde il bisogno di sostituire un nuovo criterio 'generale' di responsabilità agli spazi lasciati vuoti dalla *culpa*. In sostanza, questa sarebbe soltanto una finzione del giurista moderno, che nasconderebbe la necessità di sostituire ad un criterio generale di *culpa*, operante in un sistema di 'responsabilità soggettiva', un criterio, sempre generale, di *custodia*, operante invece in quello di 'responsabilità oggettiva'. Meno convincente risulta, invece, il quadro ricostruttivo che l'A. offre, in quanto alla corretta impostazione della questione non corrisponde una emancipazione dallo schematismo 'responsabilità per colpa' — 'responsabilità senza colpa' come chiave di lettura ineludibile dei problemi posti dalle diverse soluzioni presenti nelle fonti.

Non c'è dubbio che in questa direzione si muovano le due sintesi del KASER (91) e del TALAMANCA (92), le quali sono un

(91) Il KASER nel § 118 del suo manuale, su « Verursachung, (Rechtswidrigkeit) und Verschulden » nel diritto romano preclassico e classico (*Das römische Privatrecht* I, München (1955; 1971 [2]), Beck, pp. 502 sgg.) descrive, nella chiarezza che gli è propria, lo sviluppo storico che, partito dalla rilevanza del solo *dolus* (età delle XII tav.), avrebbe portato ad usare inizialmente il concetto di *culpa* nell'interpretazione della *iniuria* aquiliana, e poi anche nei rapporti obbligatori nati da contratto e quasi contratto (pp. 504-505). Posto che la *culpa* sarebbe già utilizzata dai giuristi nell'età preclassica (si cita a riguardo la *sententia* di Publio Mucio di D. 41.1.66 pr.; p. 505 e n. 10), il Kaser ritiene di dover distinguere tra la 'responsabilità' derivante dall'inadempimento di un *dare rem certam*, nella quale la condanna sarebbe condizionata al « *si per eum stetit, quo minus daret* » (p. 506), e quella derivante da rapporti obbligatori tutelati con *iudicia bonae fidei*, dove a differenza della prima si sarebbe data rilevanza non solo al « bewustes Handeln (*facere*) » del debitore, ma altresì a condotte negligenti e omissive (pp. 509 sgg.). Al *dolus* e alla

punto di riferimento importante, proprio perché confermano il superamento della concezione interpolazionistica dei due modelli

---

culpa, si accompagnerebbe talvolta la *custodia*, la quale sarebbe collegata ad una attività di sorveglianza di una cosa altrui, da cui scaturisce, però, una *Haftung* particolare, che pone a carico del sorvegliante alcuni tipi di danni alla cosa, *in primis* il perimento per furto, anche se questi sia esente da una qualsiasi *culpa* (pp. 506-507). Nel quadro offerto dal Kaser questa particolare *Haftung* si accompagnerebbe a (e non escluderebbe) quella per dolo e colpa, sì da fornire il terzo concetto fondamentale del sistema di responsabilità « preclassico e classico », senza che ciò determini la perdita del suo carattere strettamente 'oggettivo' a favore di una sua interpretazione in chiave di diligenza. A queste che sono le condizioni della *Haftung*, si contrapporrebbe, per Kaser, il *casus*, inteso come « ein nicht schuldhaftes Verhalten ». Esso sarebbe espressione del « Gefahr (*periculum*) » di una cosa, di una prestazione o di un diverso accadimento, che è sopportato dal titolare del patrimonio diminuito dal perimento della cosa, dall'impossibilità della prestazione o da altri danni. A riguardo dice il Kaser, si pensa di solito ai danni che accadono attraverso il caso, oppure, nelle ipotesi di « *custodia* Haftung », attraverso la *vis maior* , sebbene i romani utilizzino la parola *periculum* anche per i danni prodottisi per l'inadempimento di un obbligo di *custodia* (p. 512). Val la pena riportare letteralmente le parole di questo A.: « Ein nicht schuldhaftes Verhalten des Schuldners ist)Zufall(, *casus*. Die)Gefahr((*periculum*) einer Sache, einer Leistung oder eines sonstiges Ereignisses trägt derjenige, dessen Vermögen durch den Untergang der Sache, die Unmöglichkeit der Leistung oder einen sonstigen Schaden vermindert würde. Dabei ist regelmäßig an Schäden gedacht, die durch Zufall, in den Fällen der *custodia*-Haftung durch *vis maior*, eintreten. Doch sprechen die Römer vom *periculum* bisweilen auch bei Schäden durch Verletzung einer *custodia*-Pflicht ».

Si viene in questo modo a legittimare solo parzialmente la distinzione tra 'responsabilità oggettiva' e 'soggettiva', ed in particolare non tanto come modelli collegati a momenti diversi della storia del problema inadempimento, quanto come categorie concettuali idonee a descrivere criteri d'imputazione operanti contemporaneamente. Così, se da un lato si supera lo schematismo che aveva caratterizzato la ricostruzione storica nelle ricerche interpolazionistiche, d'altro lato però rimangono le perplessità sopra espresse per il ricorso ad una reinterpretazione dei criteri diversi dalla colpa, in una prospettiva esclusivamente 'negativa', come 'responsabilità senza colpa', senza in realtà riuscire a chiarire quale ne fosse il fondamento.

(92) Nelle voci sulla colpa e sulla *custodia* dell'*Enciclopedia del diritto*, il Talamanca (*Colpa civile: a) Diritto romano e diritto intermedio*, in ED.VII (1960), pp. 517 sgg.; *Custodia (diritto romano)*, in ED.XI (1962), pp. 562-564), partendo dai diversi significati che *culpa* sembrerebbe avere nelle fonti giustinianee (fatto illecito, imputabilità e negligenza), ritiene che sia comunque indubitabile che questo concetto abbia come limiti da un lato il *dolus* e dall'altro il *casus*; *Colpa civile* cit., pp. 517-519. Per quanto riguarda le linee di sviluppo dal diritto classico al giustinianeo, il Talamanca ritiene si debba superare una ricostruzione del sistema classico centrata tutta solo sul dolo e la *custodia*, ma che al contrario si debba individuare nella *culpa*, già per quest'epoca, il referente concettuale di quella estensione del con-

di 'responsabilità' contrapposti su un piano storico, ponendo così le basi per una riconsiderazione articolata del problema dal punto di vista storico. Esse però, condizionate peraltro dallo stato della discussione, non superano quel limite concettuale, riflesso nella distinzione tra 'responsabilità oggettiva' e 'soggettiva', che comprime entro specifiche e precostituite soluzioni sistematiche, condizionate dalla *Schuldhaftungskonzeption*, una realtà multiforme, e che all'interno di un tipo di atteggiamento interpretativo rischia di ridurre l'attività dell'interprete ad una attività di classificazione dei criteri in una o l'altra categoria concettuale, utilizzando non solo una concezione che matura nel diritto romano solo da un certo momento in poi, ma esprimendo anche una esigenza tutta moderna di spiegare in modo unitario tutti quei criteri di imputazione diversi dalla *culpa*.

Ed in effetti, sebbene le due sintesi richiamate rappresentino indubbiamente un passo avanti nell'inquadramento degli àmbiti di competenza, nella comprensione dei significati e nel rapporto reciproco dei criteri del dolo, della colpa intesa come negligenza,

---

[illegible] di dolo riconosciuta anche dalla critica interpolazionistica. In particolare i romani avrebbero riportato al concetto di *culpa* « quei casi in cui il comportamento del debitore andava a questo imputato, al di fuori del *dolus* e, eventualmente, della *custodia*, sulla base di una mancata *diligentia*, del prevedibile non previsto »; *Colpa civile* cit., p. 522. Per questo A., sul tradizionale bipolarismo dolo/*custodia* avrebbe pesato l'antitesi che si è voluta instaurare fra *fides bona*, fondamento delle varie azioni, per le quali specialmente si prospetta il problema della responsabilità colposa, ed il *dolus*, che essendo di quella contrario, è stato ritenuto l'unico criterio possibile di determinazione della responsabilità per i *iudicia bonae fidei* »; *Colpa civile* cit., p. [illegible]. A questa concezione il Talamanca ribatte che in verità « nell'àmbito dei *iudicia bonae fidei*, il debitore poteva, in vari casi, esser tenuto per *custodia*, onde viene meno la necessaria correlatività tra *fides bona* e *dolus* »; *Colpa civile* cit., p. 522. Tenuto conto di questo, e in secondo luogo del fatto che colpa non sembra avere fin dal suo apparire altro significato che quello di « criterio subbiettivo di responsabilità » (*Colpa civile* cit., p. 422), ed infine del fatto che *custodiam praestare* non rappresenterebbe un « criterio generale di determinazione di responsabilità », ma solo un criterio tipico di alcune fattispecie obbligatorie » (esprimente una « responsabilità oggettiva per l'impossibilità di restituire la cosa derivante da furto »; *Custodia* cit., p. 563-563), il 'sistema' classico della 'responsabilità' sarebbe caratterizzato dal dolo e dalla colpa da un lato, espressione di criteri 'subbiettivi', e dalla *custodia* dall'altro, criterio 'obbiettivo' per eccellenza. Cfr. sempre di questo A. i paragrafi dedicati alla 'responsabilità', nelle voci *Società in generale (dir. rom.)*, ED.XLII (1990), pp. [illegible] sgg.; *Vendita in generale (dir. rom.)*, in ED.XLVI (1993), pp. 446 sgg.

e della *custodia*, operanti tutti in età preclassica e classica (93), ancora molte questioni rimangono da chiarire, ed *in primis* il ruolo ed il significato del concetto di *periculum* e *casus* come criteri di delimitazione della 'responsabilità' stessa (94).

G. *La 'responsabilità' contrattuale romana vista come una obbligazione di 'assicurare'* (*la tesi del* CANNATA).

Le coordinate fissate dagli autori esaminati rappresentano le direttrici seguite anche nelle ricerche successive, che, data la scelta fatta in queste pagine introduttive, di individuare degli esempi che ben chiariscano le ragioni di questo contributo, non necessitano un riesame specifico (95). In questa prospettiva, significativa

---

(93) Le ricostruzioni richiamate trovano peraltro alcuni spunti già in contributi della dottrina interpolazionistica, nei quali si era criticata proprio la nozione della *custodia* come responsabilità oggettiva per « ogni *casus minor* »; vd., ad es., E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (estratto), in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* (1915), pp. 480-481; H. SIBER, *Römisches Privatrecht in Grundzügen für die Vorlesung*, Berlin (1928), Sack, p. 245 e n. 21; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 174 sgg. ed in parte lo stesso V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 270.

(94) A riguardo le pagine del MAYER-MALY sugli « Haftungskriterien » nella *locatio conductio* (*Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien (1956), Herold, pp. 189-214) sono indicative della difficoltà che emerge nella ricostruzione del problema entro i limiti dettati dai quattro criteri di 'responsabilità' del dolo, della colpa, della diligenza e della custodia, in contrapposizione alla « Haftungsbefreiungsgrund » per eccellenza, la « höhere Gewalt »; sull'argomento dello stesso autore *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in *Festschr. Steinwenter* (1958), pp. 59 sgg.; *Vis (als juristischer Begriff)*, in PWRE.II,17, coll. 311-347 (in particolare § 6 *Vis maior*, coll. 340 sgg.).

(95) Per un elenco puramente indicativo vd. F. CASAVOLA, *Dolo (dir. rom.)*, in NNDI. 6 (1960), pp. 147 sgg.; G. CRIFÒ, *Illecito*, in NNDI. 8 (1962), pp. 156 sgg.; F. CANCELLI, *Diligenza (dir. rom.)*, in ED.XII (1964), pp. 517 sgg.; J. SONDEL, *Per lo studio della responsabilità contrattuale*, in *Index* 1 (1970), pp. 377 sgg.; R. VILLERS, *Custodiam praestare*, in *Index* 1 (1970), pp. 333 sgg.; G. MACCORMACK, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *The Irish Jurist* 5 (1970), pp. 164; ID., *Culpa in eligendo*, in RIDA.18 (1971), pp. 525 sgg.; ID., *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in LQR. 101 (1985), pp. 573-586 (vd. altresì in fine di nota); D. PUGSLEY, *D.19,1,50: Periculum emptoris*, in *The Irish Jurist* 7 (1972), pp. 381 sgg.; I. MOLNÁR, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werksvertrag*, in *Labeo* 21 (1975), pp. 23 sgg.; ID., *Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats*, in ANRW.II.14, pp. 583 sgg.; ID., *'Periculum emptoris' in römischen Recht der klassichen Periode*, in *Sodalitas. Scritti in onore di*

è l'impostazione data dal CANNATA al problema, il quale pone la questione della correttezza metodologica di ricorrere al concetto

---

A. *Guarino*, 5 (1984), pp. 2227 sgg.; ID. *Erfolgshaftung oder typisierten dolus malus im archaischen römischen Recht*, in BIDR.89 (1986), pp. 465 sgg.; ID., *Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in *Index* 16 (1988), pp. 11 sgg.; ID., *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 543615; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia?*, in T.43 (1975), pp. 59 sgg.; W. LITEWSKI, *Depositary's Liability in Roman Law*, in AG.190.2 (1976), pp. 2 sgg.; ID., *La responsabilité du mandataire*, in *Index* 12 (1983-84), pp. 106 sgg.; H. ANKUM, *Afrikan D.19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in ZSS.97 (1980) R.A., pp. 157 sgg.; O. ROBINSON, *Casus in the Digest*, in *Acta Jur.* 1977, pp. 337 sgg.; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS.100 (1983), pp. 340 sgg.; W. ERNST, *Periculum est emptoris*, in ZSS.99 (1982) R.A., pp. 216 sgg.; ID., *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht in der Entwicklung seit Servius*, in ZSS.105 (1988) R.A., pp. 541 sgg.; ID., *Periculum conductoris*, in *Festschr. Lange* (1992), 59 sgg.; ID., *Wandlungen des 'vis maior'-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Index* 22 (1994), pp. 293 sgg.; F. PASTORI, *Commodato. Contratto. Responsabilità*, Milano (1982), La Goliardica; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti sem. probl. contr.*I (1988), pp. 89 sgg.; ID., *Rischio (dir. rom.)*, in ED.XL (1989), pp. 1126; K. MISERA, *Zur Gefahrtragung bei der römischen 'societas'*, in *Iuris professio* (1986), pp. 201 sgg.; F. PETERS, *Periculum est emptoris*, in *Iuris professio* cit., pp. 221 sgg.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles (1987), Fusl; ID., *Custodia*, in RHD.66 (1988), pp. 246 sgg.; ID., *Responsabilité objective ou subjective en droit romain*, in T.58 (1990), pp. 345 sgg.; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D.16,3,31. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari (1984), Cacucci; ID., *Criteri d'imputazione della responsabilità contrattuale e bona fides: brevi riflessioni sulle fonti romane e sul cod. civ. italiano*, in *St. Biscardi* 6 (1987), pp. 311 sgg.; G. [illegible], *Traditio und Gefahrübergang*, in ZSS.106 (1989), R.A., pp. 292 sgg.; A. [illegible], *Von der 'vis maior' zur höheren Gewalt*, Frankfurt am Main/ Bern/ New York/ Paris (1989), Lang; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. [illegible]; 208-212; 225-227; 280-291; 360-377; 384-387; 397-404; 426-432; 445-447; [illegible]; 783-790; I. DE FALCO, *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle obligationes* (Tesi Dott.), Napoli (1991), Jovene; su cui cfr. C.A. CANNATA, *Una casistica della culpa contrattuale*, in SDHI.58 (1992), pp. 413 sgg.; A. METRO, Rc. in *Iura* 42 (1991), pp. 158 sgg.; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in SDHI.56 (1990), pp. 29-143; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in T.62 (1994), pp. 111 sgg. La distinzione tra 'responsabilità oggettiva' e 'responsabilità soggettiva', d'altronde, è stata utilizzata anche in quelle indagini dirette ad esaminare specificamente il diritto bizantino; vd., ad es., D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München (1969), Beck; F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino*, in BIDR.74 (1971), pp. 202 sgg. In questo sintetico ed incompleto quadro della dottrina vanno menzionati alcuni contributi del MACCOR-

di 'responsabilità', nelle due accezioni di 'oggettiva' e 'soggettiva', e a quello di 'rischio' (96).

In particolare la necessità di chiarire il rapporto tra una concezione romana della 'responsabilità' ed una concezione moderna della stessa, che, al di là delle somiglianze terminologiche, potrebbe nascondere una profonda distanza sostanziale, muove da una prima ricerca in tema di *custodia* (97) e trova un ulteriore sviluppo nel successivo studio sulla colpa (98). L'impostazione data al problema del *custodiam praestare* (99) viene, per così dire,

MACK, i quali, coerenti ai presupposti da cui l'A. parte, mirano a ricostruire le modalità d'uso e i significati più rilevanti di termini come *culpa, dolus, custodia, periculum* etc., sebbene la prospettiva che li caratterizza, propria dell'uso di alcuni termini-concetti, trascura talvolta i profili più eminentemente ricostruttivi; *Culpa*, in SDHI.38 (1972), pp. 149 sgg.; *Custodia and culpa*, in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 149 sgg.; *Factum debitoris and culpa debitoris*, in T.41 (1973), pp. 59 sgg.; *Periculum*, in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 129 sgg.; *Further on periculum*, in BIDR.82 (1979), pp. 11 sgg.; *Sciens dolo malo*, in *Sodalitas. Scritti Guarino* III, pp. 1445 sgg.; *Aliud simulatum, aliud actum*, in ZSS.104 (1987), pp. 639-646; *Dolus in Republican Law*, in BIDR.88 (1985), pp. 1 sgg.; *Dolus culpa custodia and diligentia. Criteria of Liability or Content of Obligation*, in *Index* 22 (1994), pp. 189 sgg.

(96) Vd. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano (1966), Giuffrè, pp. 17 sgg.; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 27 sgg.; *Sul problema della responsabilità* cit., in corso di pubbl. in *Iura* 43 (1992); 44 (1993), cap. I § 3; III, § 13. Prima del Cannata il MIQUEL (*Periculum locatoris*, in ZSS.81 (1964), R.A., pp. 134 sgg.), sviluppando uno spunto dell'ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale*[2]) cit., pp. 100-101; *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli (rist. inalt. 1954[2]), Jovene, p. 250 aveva percorso una strada diversa, criticando la distinzione tra 'responsabilità' e 'rischio', non nella prospettiva del *praestare*, ma in quella dei significati di *periculum* (pp. 159-168).

(97) *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., pp. 23 sgg.

(98) *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, cit.; ID., *Die vertragliche Haftung in der Sicht der römischen Juristen*, in *St. Cagliari* 47 (1971-1972), pp. 25 sgg.

(99) Il Cannata rileva una certa « oscillazione » e « relatività » dei concetti di « responsabilità oggettiva » e « responsabilità soggettiva » negli usi degli autori a lui precedenti (*Ricerche* cit., p. 17). « In fondo — secondo questo A. — il problema di stabilire se il sistema romano della responsabilità contrattuale (...) fosse soggettivo od oggettivo — problema che quasi ricorre come un 'Leitmotiv' in ogni trattazione della materia che voglia superare i limiti del chiarimento marginale — nasce dal desiderio di trattare, o per lo meno guardare, la materia della responsabilità in modo sistematico » (p. 18). Indubbiamente è da condividire la premessa del Cannata, cioè che la preoccupazione di individuare un regime unitario di regolamentazione dell'inadempimento sia una preoccupazione tutta moderna, condizionata da un certo modo di intendere l'esperienza giuridica. Ed in base a ciò è corretto, a mio avviso,

sviluppata fino a coprire qualsiasi oggetto del *praestare*, venendosi con ciò a negare la natura di criteri di 'responsabilità' in

superare una impostazione che voglia necessariamente contrapporre un sistema soggettivo di responsabilità ad un sistema oggettivo di responsabilità. In particolare questo A. individua un « sottile equivoco » nei contributi in materia, quello di aver cioè dimenticato che *custodia* oltre ad essere un criterio di responsabilità, è altresì una prestazione, il che avrebbe « impedito che fossero chiariti certi aspetti della responsabilità per *custodia*, e precisamente che si comprendesse come il regime di questa, nel diritto classico, fosse in diretta connessione con la natura delle attività che i giuristi vedevano incluse nella prestazione in quelle specie dovuta »; *Ricerche* cit., p. 17. In altre parole, il *custodiam praestare*, come criterio di responsabilità, troverebbe la sua necessaria premessa nell'attività di *custodia*, portando a riconoscere in primo « un particolare regime della responsabilità contrattuale, ma, contenendo la menzione di una prestazione specifica (*custodiam*), non può essere confuso con un criterio generale di responsabilità, e va invece visto come allusivo al regime della responsabilità per quella prestazione » (p. 45). Il legame che per questo A. esiste tra la custodia come prestazione e la custodia come responsabilità, lo porta ad un parziale superamento della concezione tradizionale. Riconosciuto che la « teoria obbiettiva » avrebbe avuto comunque « il merito di scoprire che, fra le locuzioni allusive ad un regime di responsabilità contrat/tuale, quelle costruite con il termine '*custodia*' (in particolare '*custodiam praestare*') erano per i giuristi classici compiutamente esaustive del regime stesso, senza bisogno di ulteriori specificazioni che lo riconducessero a criteri diversi, come quello della diligenza (colpa) » (pp. 127-128), essa sbaglierebbe nel voler dedurre da ciò che la *custodia* sarebbe a sua volta un criterio di responsabilità autonomo, ed in particolare una « responsabilità senza colpa, ossia oggettiva » (p. 128). Proprio in questo passaggio, per il Cannata si annidererebbe l'equivoco della dottrina dominante, in quanto *custodiam praestare* non esprimerebbe un criterio di responsabilità, ma un'obbligazione contrattuale (...): se per determinare il regime di responsabilità relativo all'inadempimento di tale obbligazione, i romani non dovevano ricorrere ad altri criteri, ciò non dipendeva dal fatto che la *custodia* fosse essa stessa un criterio del genere, ma dal fatto che di criteri di responsabilità non c'era bisogno: era decisivo in proposito il modo particolare in cui i giuristi valutavano la prestazione stessa » (p. 128). A riprova di ciò sarebbe l'analoga soluzione nell'inadempimento di obbligazioni di *dare* (pp. 128-129). In base a queste precisazioni il Cannata ritiene di poter spiegare cosa i romani intendessero con *custodiam praestare*: « '*custodiam praestare*' significava dunque essere tenuti a procurare quel risultato, che con la *custodia* poteva essere ottenuto. Il difetto del risultato era di per sé inadempimento imputabile. Ma si badi bene, 'risultato' in questo senso non era la salvezza della cosa in assoluto (come invece nel *salvam fore recipere* del nauta), bensì la sua salvezza da certi pericoli » (p. 129). Si verrebbe così a creare un rapporto, peraltro criticamente vagliato dallo stesso Cannata, tra il modo romano di intendere il *custodiam praestare* e la concezione moderna della « obligation de résultat » espressa dalla giurisprudenza francese (pp. 130 sgg.). Per una critica alle tesi di questo A. , che rischia di accentuare troppo il profilo del 'custodire' su quello del *praestare*, vd. A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano (1966), Giuffrè, pp. 91 sgg.; ID., *Custodiam praestare*, in *Labeo* 13

senso moderno agli stessi concetti di dolo, colpa, negligenza, *periculum* etc. (100).

Il « carattere unitario » della nozione romana del *praestare*, che indicherebbe in ogni caso una prestazione di un certo tipo, diversa dal *dare* e dal *facere* ed espressione di « un'assicurazione rafforzata e concretata da un'assunzione di rischio », troverebbe però un elemento di differenziazione nei complementi oggetto del verbo (pp. 13 sgg.). In base ad un confronto tra diverse locuzioni dove appare il verbo (*sanum esse praestare; dolum praestare; custodiam praestare; casum praestare; periculum praestare*), il Cannata ritiene di poter individuare in esse, seppure con le dovute differenze, « un gruppo di aspetti comuni », tra i quali spiccherebbe proprio il significato unitario con cui il verbo *praestare* ricorre: « un significato —...— attivo (assicurazione) con una implicazione passiva (assunzione del rischio) ». Proprio questo

(1967), pp. 60 sgg..; per una riconsiderazione della tesi del 1966 vd. ora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

(100) Partendo dalla constatazione che per i romani la prospettiva attraverso cui si guardava all'inadempimento era essenzialmente quella dell'azione a tutela, e in base a quanto ci dice Gaio IV,2 in relazione alle azioni *in personam*, l'obbligazione del debitore era diretta al *dare facere praestare*, si deve, per il Cannata, inizialmente chiarire il significato del *praestare* (pp. 4-9). Le correnti spiegazioni del verbo nel senso ora di 'garantire' ora di 'rispondere' sarebbero, infatti, fonte di possibile « travisamento » del pensiero dei giuristi romani (p. 9; vd. ora lo stesso A. che parla di « garantire il creditore con la propria rispondenza »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 13). Mentre il giurista moderno sembrerebbe costretto a considerare il *praestare* ora come prestazione (sc. di garanzia) ora come responsabilità, i giuristi romani lo avrebbero inteso sempre in modo unitario. In particolare per il Cannata « il significato di 'rispondere' contrasta di per sè, con l'uso del verbo come diretto ad indicare il contenuto dell'obbligazione, e cioè immediatamente una prestazione, e non la responsabilità per il mancato adempimento » (p. 9). Tenuto conto di questo si nota come gli oggetti grammaticali con cui il verbo viene costruito possano « esprimere tanto la situazione che interessa il creditore, quanto quella che con tale interesse contrasta » (p. 10), sì da potersi avere invariabilmente espressioni come « *culpam/diligentiam praestare* » oppure come « *dolum/ dolum abesse praestare* ». Questa constatazione sarebbe peraltro coerente al legame semantico, anche se non necessariamente etimologico, del verbo con *stare praes*, sì da ipotizzare, col tempo, un processo evolutivo che avrebbe portato il verbo stesso ad esprimere una « assicurazione » degli interessi creditori, attraverso « una sorta di diluizione dell'idea di autogaranzia, spogliata del suo riferimento puntuale col dare carattere più generico e pertanto più comprensivo al suo contenuto sostanziale » (p. 13).

e atteggiamento del significato, in prima linea attivo del verbo », indipendentemente dal complemento oggetto, spiegherebbe « perché *praestare* possa essere dai romani sempre sentito come indicativo di una prestazione, di 'un *quid* contrattualmente dovuto', anche quando allude a situazioni alle quali la nostra nozione di prestazione è difficilmente applicabile » (p. 20-21) (101).

Se da un lato, quindi, il *praestare* avrebbe solo un carattere « sussidiario, potremmo dire 'interno' » al rapporto obbligatorio, d'altro lato esso porrebbe in crisi, in quanto espressione di una concezione « unitaria », la distinzione tra responsabilità e rischio così come voluta dal Betti (vd. *supra*). Il Cannata ritiene, infatti, che: « nella grande maggioranza dei casi, l'impostazione di un problema pratico in termini di responsabilità ovvero di rischio è, di per sè, affatto arbitraria » (102). Salvo i casi in cui l'inadempimento sia doloso, nel qual caso si esclude un benché minimo rischio del debitore, il Cannata riconosce in ogni altra ipotesi una certa alea, il che renderebbe appunto « arbitraria » la scelta di impostare il problema in termini di 'responsabilità' o di 'rischio' (103).

(101) D'altronde al Cannata non sfugge che il riconoscimento di un *praestare* da parte della giurisprudenza classica avviene essenzialmente in relazione a rapporti obbligatori per i quali le *intentiones* formulari parlano semplicemente di *dare* e *facere* oppure di *reddere*, senza menzionare mai il *praestare*. Egli ritiene, però, di poter superare questa difficoltà riconoscendo che l'obbligazione di *praestare* sarebbe quasi sempre una « obbligazione accessoria » non autonomamente azionabile (p. 21). Il Cannata ritiene di poter da ciò dedurre: che « il problema della responsabilità contrattuale si identificava sempre, per i giuristi romani, con il problema dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale. In particolare, essi non operavano con la nozione di criterio di responsabilità; a quelli che noi siamo usi a riconoscere come tali (in particolare dolo e colpa), nella concezione romana corrispondevano altrettanti problemi di inadempimento di obbligazioni (accessorie, non autonomamente azionabili di *praestare* » (p. 24). Ciò però, come riconosce lo stesso Cannata, non significherebbe che fra le due concezioni vi sia una « divergenza assoluta », in quanto da un lato la prospettiva moderna sarebbe riscontrabile in parte nell'evoluzione postclassica, e dall'altro anche nel diritto moderno sarebbero presenti costruzioni analoghe a quella romana (ad es. Mazeud, Tunc e Larenz) (p. 25).

(102) *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 28; vd. ora *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

(103) *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 28 e n. 2,3 e 4. A questa constatazione segue la valutazione di come si inserisca in ciò la formulazione della *periculum praestare*. L'A. ritiene a riguardo di poter individuare una « ten-

Le considerazioni del Cannata aprono indubbiamente possibilità numerose di discussione e di ricerche (104), sebbene non si rinvenga nella dottrina successiva (105) un adeguato approfondimento della questione essenziale posta da questo Autore: cioè la legittimazione dell'uso della categoria concettuale 'responsabilità' nell'indagine storica. In particolare lo sforzo di precisare in modo metodologicamente più soddisfacente la concezione romana della 'responsabilità' contrattuale porta il Cannata ad individuare due tipi di problemi per una corretta impostazione dogmatica: quello della distinzione tra 'responsabilità soggettiva' e 'oggettiva', e quello della separazione tra 'responsabilità' e 'rischio'.

Da questo punto di vista il contributo è importante, vuoi in quanto non si accontenta della spiegazione puramente descrittiva del *custodiam praestare* come esempio di 'responsabilità senza colpa', ma cerca di coglierne il significato ed il fondamento, vuoi perché pone l'accento su un valore semantico del *praestare*, riflesso negli usi dei giuristi, il quale non si presta ad essere ascritto automaticamente nella distinzione moderna tra 'responsabilità' e 'rischio'.

Meno convincente è, invece, la scelta di abbandonare il concetto di 'responsabilità' a favore di quello di 'assicurazione' ri-

denza » la quale distinguerebbe tra un « pericolo » oggetto del *praestare*, riconosciuto solo per il debitore, ed un « pericolo » che « è », che « pertiene », che « spetta », affermazioni queste relative al solo creditore; *op. ult. cit.*, p. 29. Se ne potrebbe dedurre allora « l'orientamento... secondo il quale in un rapporto obbligatorio fra Tizio e Caio (...) spetta a Tizio (destinatario del vantaggio o dell'interesse che la prestazione rappresenta) quel rischio che non possa considerarsi rientrare in un *praestare* di Caio (che il vantaggio deve procurare)... C'è, in sostanza, un *periculum* che *pertinet*, che cioè lascia le conseguenze del danno a carico di colui in capo al quale si sono verificate; e un *periculum* che *praestatur*, il quale, al verificarsi del danno, dà luogo ad azione per il trasferimento delle conseguenze »; *op. ult. cit.*, p. 30. Vd. ora anche *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 9, dove si cerca di precisare un « *periculum* in senso tecnico » come « problematica del rischio contrattuale propriamente detta ».

(104) Sono parole di A. GUARINO, Segn., in *Labeo* 15 (1969), p. 387.

(105) Parzialmente condizionati dalla via aperta dal Cannata, senza però un ulteriore approfondimento critico, G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 155 sgg.; ID., *Dolus, culpa* cit., in *Index* 22 (1994), pp. 189 sgg.; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare* cit., in T.43 (1975), pp. 71 sgg.

quanto al *praestare*, perché, se certamente la nozione tecnica di 'responsabilità', come si è avuto occasione di accennare nelle pagine precedenti, è moderna dal punto di vista linguistico, lo stesso non può dirsi per il concetto 'responsabilità'. Il problema, quindi, andrebbe impostato diversamente: se, cioè, il *praestare* come oggetto dell'*oportere* esprima una prestazione in senso moderno, come comportamento del debitore, oppure un qualcosa di diverso, indipendente dal *dare* e dal *facere*, e condizione dell'*actione teneri*. Solo una volta chiarito questo profilo potrebbe allora porsi il problema della sua comprensione al giurista moderno, il quale potrà continuare a parlare di 'rispondere' in senso lato (106) o invece ritenere che si tratti di un vero e proprio comportamento del debitore. Da questo punto di vista già il significato del *praestare* (su cui vd. il II capitolo di questo lavoro) come *praes-stare* (al di là dell'effettivo etimo del verbo; vd. a riguardo cap. II.1), sembrerebbe smentire quest'ultima eventualità, in quanto il verbo *stare* come tale esprimerebbe una condizione, uno 'stato' del soggetto che richiama, anche solo idealmente, la figura del *praes*, più che un suo atto e un suo comportamento. Tenuto conto di ciò si deve dire che il tentativo del Cannata deve servire da punto di partenza per chiarire proprio i termini dogmatici e storici della emersione di una concezione del *praestare* nel senso di *stare praes* come collegata all'inadempimento dell'obbligazione, condizione preliminare ineludibile per un confronto critico con il concetto di 'responsabilità'.

II. *L'uso di 'responsabilità' nel suo significato più ampio* (DE ROBERTIS).

Una diversa via, rispetto a quella percorsa dal Cannata, è seguita dal DE ROBERTIS, autore che ha dedicato all'argomento più di quarant'anni della propria attività scientifica (107). In particolare

(106) In questa direzione, ora, lo stesso CANNATA, il quale parla di « garantire il creditore con la propria rispondenza »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III, § 13.

(107) Di questo autore, salvo i lavori che verranno presi in esame più direttamente, sono *La legittimazione attiva all'actio furti*, in *Ann. Bari* (1949), pp. 1 sgg.; *Receptum nautarum*, in *Ann. Bari* (1952), pp. 59 sgg.; Rc. a Rosenthal, in *Iu-*

lare, in un ampio lavoro dedicato alla responsabilità contrattuale nella compilazione giustinianea (108), questo Autore utilizza il concetto di 'responsabilità' in senso ampio, riuscendo in tal modo a fornire un quadro dell'inadempimento che diviene un importante punto di riferimento non solo per l'età giustinianea, ma altresì per le età precedenti.

A riguardo val la pena notare che quest'uso, sebbene non sia preceduto da particolari considerazioni sulla storia del concetto di 'responsabilità', svuota di fatto lo stesso dalle implicazioni semantiche che con il secondo ottocento tedesco vengono ad esso accordate, significando per questo Autore la 'responsabilità' semplicemente l'assoggettamento alla sopportazione di certe conseguenze, senza che ciò implichi di per sè il o i criteri per il riconoscimento di detto assoggettamento (109). Il che, come abbiamo

---

ra (1953), pp. 344 sgg.; *La responsabilità dell'armatore in diritto romano*, in RDN (1953), pp. 12 sgg.; *La responsabilità del tutore in diritto giustinianeo*, Bari (1954); *Spunti di responsabilità obiettiva nel diritto post-classico*, in *St. de Francisci* IV, pp. 409 sgg.; *Exactissima diligentia. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, in SDHI.23 (1957), pp. 119 sgg.; *La responsabilità del negotiorum gestor nel diritto giustinianeo*, in *Symb. Taubenschlag* III, pp. 197 sgg.; *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari (1960); *Culpa tutoris nel sistema della compilazione giustinianea*, Bari (1960); *Culpa et diligentia nella compilazione giustinianea*, in *St. Betti* 2 (1962), pp. 349 sgg.; *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto Veronese*, in *Studi Biondi*, (1963), I, pp. 375 sgg.; *Scientia debitoris: causae imputandi e presupposti di responsabilità*, in *Synt. Arangio-Ruiz* (1964), pp. 585 sgg.; *Introduzione allo studio della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, Bari (1970), Cacucci.

(108) *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari I (1981); II (1982), Cacucci.

(109) *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 12. Quest'uso permette al de Robertis di porre il *periculum*, sebbene tradotto come 'rischio', sullo stesso piano del dolo e della colpa; un criterio d'imputazione della 'responsabilità', in particolare un criterio caratterizzato dall'« automatismo dell'imputazione con la perfetta e irrevocabile coincidenza —...— tra i due momenti dell'inadempimento e della responsabilità ». Si avrebbe in questi casi una 'responsabilità' che non lascerebbe « margine alcuno di inimputabilità per il debitore inadempiente » (I p. 458). L'operatività di un tale criterio dovrebbe risultare esclusa nel sistema della grande compilazione, data la *regula « casus... a nullo praestantur »* (D.50,17,23), ma in realtà, vuoi attraverso il « principio dispositivo » vigente in materia, vuoi attraverso il mantenimento nel Digesto di alcune ipotesi di responsabilità obiettiva nascente *ex lege*, esso continuerebbe ad avere, sebbene eccezionalmente, un àmbito di rilevanza nella stessa

[illegible], trova conferma proprio nel *teneri* della tradizione medioevale, e nei primi usi di 'rispondere', *haften*, *répondre* etc. (110).

Il contributo del de Robertis dimostra come, nella ampiezza della ricerca affrontata, l'uso del concetto di 'responsabilità', svuotato dal significato di cui esso si è caricato nel corso dell'ottocento, e che lo vedrebbe contrapposto al 'rischio', permette di descrivere e comprendere la concezione romana senza che da un lato emergano distorsioni dovute ai concetti usati, e d'altro lato debbano abbandonarsi categorie proprie del bagaglio culturale del giurista moderno, e che, nel loro significato più ampio, possano rendere a questo più comprensibile e maggiormente spiegabile il regime romano (111).

---

compilazione (pp. 457-459; pp. 497-498). A conferma di questa tralatizia operatività [illegible] le espressioni *teneri casu, casum accipere, omnes casus praestare* e simili (p. 459). D'altronde l'attribuzione del rischio non era necessariamente generale, come noi saremmo invece portati a ritenere, ma al contrario poteva ben essere limitata ad eventi determinati, ciò che le fonti esprimerebbero contrapponendo un *omne periculum* ad un *periculum custodiae*, ad un *periculum vini mutati*, ad un *periculum* [illegible] etc. (pp. 484-485). Importante è, poi, il rilievo che solo nella responsabilità oggettiva verrebbe meno « la correlazione (strettissima invece dove si risponde del dolo) tra inadempimento e responsabilità, con un margine per tal modo di rischio a carico del creditore: il rischio di non poter trasferire sul debitore il danno a lui derivato dal mancato adempimento » (p. 495). Si individua, così, un 'rischio' che incomincia dove finisce l'imputabilità per colpa, concezione propria del diritto della compilazione (pp. 495-496). In conclusione per il de Robertis in età giustinianea, a fianco del criterio subbiettivo della colpa « che si asside sovrano per quel che riguarda la impostazione e la definizione della questione di responsabilità », vi è un'apertura, situata essenzialmente attraverso il principio dispositivo « al criterio obbiettivo del rischio, anzi, più precisamente all'assunzione convenzionale di esso » (p. 499).

(110) Vd. S. Schipani, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., pp. 259 sgg.

(111) Meno convincente si dimostra, invece, la sintetica ricostruzione del regime classico proposta da questo A. in un altro contributo; *Responsabilità contrattuale (diritto romano)*, in ED.XXXIX (1988), pp. 1054 sgg.; ma vd. già *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 10. In esso, infatti, riemerge, seppure sommessamente, il tentativo di contrapporre due sistemi, quello classico e quello giustinianeo, di cui uno caratterizzato da « criteri obbiettivi d'imputazione », e l'altro da criteri « subbiettivi ». In particolare, lascia quantomeno perplessi il tentativo di svalutare l'operatività dello stesso dolo, inteso essenzialmente come « mezzo per la neutralizzazione sia della custodia (...) che delle stesse eccezioni liberatorie, oltre che di mezzo per la speditiva liquidazione del danno », in base ad una presunta « inconciliabilità con il carattere oggettivo della responsabilità del debitore nel diritto classico » (p. 1057).

Altresì non convincente, o quantomeno tale se non supportato da una valutazione più estesa delle fonti di questo periodo, è il tentativo di immaginare uno svi-

A quest'uso del concetto di 'responsabilità', nel senso di *teneri*, non corrisponde, però, una riconsiderazione del rapporto esistente tra di esso e il *praestare*, così da perdere la possibilità di capire in che modo i romani cogliessero un legame tra quest'ultimo concetto e l'*actione teneri*, ed il perché il *dolus*, la *culpa*, la *custodia*, il *periculum* etc., non siano visti, nell'àmbito della 'responsabilità' contrattuale romana, come presupposti del *teneri*, ma come contenuti del *praestare*.

Anche nei contributi più recenti si ripropongono i limiti sopra segnalati, sì da non modificare, nella prospettiva parziale che mi prefiggo in queste pagine introduttive, il quadro degli 'esempi' scelti (112).

---

luppo essenzialmente costruito in chiave 'evoluzionistica', che, partito dal riconoscimento automatico della responsabilità in base al fatto obbiettivo inadempimento, avrebbe subìto una progressiva delimitazione, attraverso il riconoscimento di « apposite eccezioni liberatorie ». In questo movimento di idee avrebbero avuto un ruolo importante i giuristi tardorepubblicani e d'inizio principato, *in primis* Servio Sulpicio Rufo (D.19,2,15,2) e Antistio Labeone (D.4,9,3,1 *in fine*) (p. 1057). Una tale concezione finisce, però, in definitiva per svalutare tutti i richiami alla *culpa* e alla *diligentia* che le fonti ricollegano a giuristi come Publio Mucio, Quinto Mucio, Servio, Alfeno e Labeone, così da non risultare aderente al quadro storico che possediamo.

(112) L'articolo del Voci (*'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in SDHI.56 (1990), pp. 29-143) può a riguardo essere preso, per l'ampiezza e l'approfondimento, a modello. Questo A. parte proprio dalla necessità di riconsiderare il « principio di responsabilità oggettiva » (p. 29), attraverso l'approfondimento della *diligentia* (p. 31). Anticipando i risultati del proprio lavoro, il Voci afferma che, sebbene « statuizioni di responsabilità oggettiva » vi sarebbero state, esse sarebbero comunque « rare », ed operanti entro un sistema che « segue un principio di responsabilità soggettiva e applica i due criteri del dolo e della colpa » (p. 31). Egli ritiene di poter riconoscere due diversi contenuti della *culpa*, entrambi collegati all'obbligo di diligenza: in un caso sarebbe in colpa chi non adempie ad un obbligo di « diligenza comune »; nell'altro chi non adempie ad un obbligo di « diligenza esaltata », che sola avrebbe nelle fonti il nome di *diligentia*. Da ciò si comprenderebbe perché la *culpa* pur avendo diversi contenuti rimanga « eguale nella sua essenza » (pp. 31). Ciò che le fonti chiamano *diligentia*, atterrebbe o « alla difesa e alla conservazione della cosa dovuta » (*diligentia in custodienda re*), o « a una attività di amministrazione » (*diligentia in administrando*) (pp. 31-32). La *diligentia* sarebbe comunque richiesta « soprattutto nei rapporti di buona fede. Ciò nel senso che la buona fede sia presupposto della *diligentia*, non nel senso che la buona fede richieda sempre *diligentia* » (p. 32). Ma mentre la *diligentia* rinvierebbe all'« idea dell'obbligo », la *culpa* richiamerebbe l'« idea di responsabilità » (p. 40). La maturazione storica del suo contenuto classico (pp. 41-49), vedrebbe inizialmente una limitata rilevanza della condotta commissiva (di cui esempio classico sarebbe il *factum promis*

1. *Considerazioni conclusive.*

Dai paragrafi che precedono mi sembra emergano due profili che inducono a riprendere la discussione sulla 'responsabilità' contrattuale nel diritto romano: da un lato l'idea di 'evoluzione',

---

soris nelle stipulationes in dando), e poi la sua valutazione come « negligenza, imprudenza, imperizia » (maturazione peraltro già avvenuta, secondo questo A., nell'interpretazione della *lex Aquilia* ai tempi di Q. Mucio Scevola). La colpa sarebbe dunque « una nozione essenziale nel regime romano della responsabilità; i giuristi hanno operato per approfondirne il significato ed estenderne l'àmbito di applicazione » (p. 61). Questo porta però l'A. a reinterpretare la *custodia* essenzialmente come *diligentia in custodiendo*, in quanto, malgrado « i molti significati di *praestare* » potrebbero confermare la distinzione tra *custodia* 'prestazione' e *custodia* 'responsabilità', il *custodiam praestare* sarebbe sempre un « obbligo ». La sua particolarità andrebbe vista nel fatto che, sebbene un « obbligo si rivolge a chi è in condizione di adempierlo », nel caso della *custodia* esso sarebbe imposto anche quando tale relazione manchi, sì da giustificare la nozione di 'responsabilità oggettiva' (pp. 64-65). Così, se da un lato custodiscono il depositario, il comodatario, i *nautae caupones stabularii*, d'altro lato, il primo deve astenersi solo dal dolo, il secondo è obbligato alla *diligentia*, e solo questi ultimi sarebbero tenuti in modo assoluto, sì da doversi riconoscere solo in questo caso una 'responsabilità oggettiva'. Tenuto conto di ciò si potrebbe concludere che la « *custodia* per eccellenza, ..., è la *custodia* cui è richiesta diligentia » (p. 65). In conclusione per il Voci « la *custodia* obbliga il debitore a prestare i danni dovuti a cause esterne, nei limiti di ciò che egli, usando *diligentia*, può evitare. Gli si richiede solo ciò che egli può ottenere senza esporsi di persona e senza perdere il vantaggio che il contratto gli assicura. Da qui viene che non è tenuto a resistere alla violenza, nè a custodire lo schiavo. I limiti della *custodia* escludono che essa possa esaurire tutto l'àmbito della responsabilità del debitore, il quale per il resto sarà, d'ordinario, tenuto a *diligentia* » (p. 86). Un quadro generale del regime romano di 'responsabilità' sarebbe, allora, possibile per questo A., distinguendo in termini moderni « tra debito e responsabilità. Sotto il primo aspetto, il debitore deve astenersi dal dolo, e talora non gli è richiesto di più; ma di regola si esige da lui un comportamento diligente... Sotto il secondo aspetto, il debitore inadempiente è tenuto o per dolo o, insieme, per dolo e per colpa » (p. 122). Questa teoria, attraverso la duplice lente del 'debito' e dalle 'responsabilità', troverebbe conferma nella « anfibologia » del *praestare*, che rinvierebbe ad entrambe le situazioni della 'responsabilità' e del 'debito'. Sarebbe quindi erroneo, allo stesso modo di chi riconduce tutte queste nozioni all'idea di 'responsabilità', tentare di rileggerle solo in chiave di 'debito' (pp. 123-124).

Senza volere in questa sede valutare punto per punto la tesi del Voci, ritengo tuttavia che essa abbia il pregio di approfondire gli aspetti legati all'uso da parte della giurisprudenza preclassica e classica di concetti come *culpa*, *culpa lata* e *diligentia*. A questo riguardo, però, si devono fare alcune precisazioni. Che *custodia* e *diligentia* richiamino l'idea di 'obbligo', mentre *dolus* e *culpa* quella di 'responsabilità', non risolve la questione centrale che mi sembra preliminare a proposito: se cioè,

che, fin dal contributo del Jhering, anche se talvolta inconsapevolmente, percorre come filo conduttore le ricostruzioni storiche del problema qui affrontato; d'altro lato la necessità di articolare in modo più preciso i contributi dati dalla giurisprudenza romana in materia, al fine di cogliere i momenti più significativi di questa storia, momenti che, come vedremo, ruotano intorno alle singole personalità e che spesso, invece, non trovano un'adeguata valorizzazione, limitandosi gli autori che se ne sono occupati ad ascrivere i vari contenuti del *praestare* ora nella 'responsabilità soggettiva', ora in quella 'oggettiva'.

È opportuno ribadire a riguardo che questa distinzione, condizionata dalla generale applicazione di una regola, quella sulla 'responsabilità per colpa', che matura nel diritto classico in termini di *culpam praestare*, non fornisce però alcun strumento utile per comprendere il fondamento di criteri di imputazione che dalla *culpa* stessa prescindono, e ciò tanto più in epoche nelle quali tale regola non si sia ancora formata. Con ciò non si vuole affermare che un tale modo di ragionare sia come tale estraneo alla giurisprudenza romana (Ulpiano, nel descrivere la 'responsabilità' del *nauta* in caso di *receptum* parla di *teneri sine culpa*; D.4,9,3,1), ma solo che esso è inadeguato a spiegare un sistema della 'responsabilità' romana nel quale la *culpa* non abbia assunto ancora il ruolo di contenuto fondamentale del *praestare*, ed a cui si affiancano logiche diverse, le quali, se unificate sotto l'unico denominatore della 'responsabilità senza colpa', rischiano di

---

data la nozione romana di 'debito' e 'responsabilità', riflessa nel *dare facere reddere praestare debere* e nell'*actione teneri*, non si debba in realtà riconoscere nel *praestare* il concetto essenziale del 'rispondere' contrattuale nel diritto romano, concetto che, sebbene attratto nel linguaggio dei giuristi nei contenuti dell'*obligatio*, rimanderebbe proprio all'idea di una condizione debitoria di natura sostanziale che i romani esprimevano richiamandosi alla condizione del *praes*.

D'altronde anche rispetto alla ricostruzione del sistema della responsabilità classica si evidenziano alcuni limiti relativi all'uso della categoria generale della 'responsabilità' senza colpa, la quale, seppure con àmbiti fortemente ridimensionati, data la centralità che viene riconosciuta al criterio della *culpa* già nell'età classica, viene a fornire l'unica categoria concettuale alternativa a questa. Tutto questo è evidente in particolar modo nella riconsiderazione del *custodiam praestare* come un aspetto della *diligentia* e nella valutazione del *casus* come limite della responsabilità.

rimanere un qualcosa di indefinito. Si vedrà, infatti, come la regola del *dolum et culpam praestare* e del *casus a nullo praestantur* di D.50,17,23 è il frutto di una discussione nella quale emergono modelli a quella regola alternativi, e che è possibile ricostruire con una certa sicurezza.

Per potere, poi, impostare correttamente la prima questione (quella della riconsiderazione della idea di 'evoluzione') si deve fissare, a mio avviso, un punto di riferimento credibile proprio rispetto ai rapporti obbligatori *ex contractu*, ed in particolare rispetto a quei rapporti non diretti ad un semplice *pecuniam/ rem dare*, nei quali, appunto, si cominci a delineare la necessità di imporre all'altro contraente obblighi più complessi, diretti ad un *facere* o addirittura di mera garanzia. Questa precisazione condiziona la scelta fatta nel prossimo capitolo di analizzare, prima del riesame degli usi originari tecnico-giuridici del *praestare* nel senso di *stare praes*, i formulari contrattuali contenuti nel *de agri cultura* di Catone, nei quali, a fronte di un contenuto degli obblighi reciproci delle parti (alcuni dei quali non ancora qualificati come *oportere*) più complesso del semplice *dare*, vengono attestate alcune soluzioni date dalla giurisprudenza cautelare al problema dell'inadempimento particolarmente significative, e che rappresentano, rispetto ai criteri di imputazione, un riferimento essenziale, da cui bisogna partire.

Il secondo obbiettivo, invece, impone di verificare il contributo dato dai singoli giuristi preclassici e classici alla formulazione dei contenuti del *praestare*, cercando di capire il loro fondamento e abbandonando la distinzione tra 'responsabilità oggettiva' e 'soggettiva', e ciò al fine di capire le radici (e gli eventuali modelli che da questa differiscono) della *regula* di D.50.17, 23, e su cui è costruita la moderna concezione della 'responsabilità' contrattuale. Quest'ultimo segno, d'altronde, ha avuto una sua storia (113) che, se da un lato viene a collegarsi ad un certo punto alla *culpa* (cfr. § 3,A,b), così come vedremo per il *praestare* romano, d'altro lato mantiene un significato indipendente da

---

(113) Vd. S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., pp. 159 sgg.

questa, proprio del verbo da cui deriva ('rispondere'), che copre un àmbito semantico analogo al *teneri* medioevale e al *praestare* nel senso di *stare praes*.

Tutto questo, peraltro, all'interno di una indagine che ha come oggetto uno dei profili dell'inadempimento che le fonti romane ci tramandano, cioè quello del *praestare*, indubbiamente il più importante, ma pur sempre diverso da quello della « perpetuazione » dell'obbligazione nato in relazione alle obbligazioni di *rem dare*, o da quello più ampio dell'*actione teneri*, relativo anche ad obblighi imposti dal pretore con il suo editto (ad es., in materia di *receptum*) e alla 'responsabilità' extracontrattuale. Questo in parte comporta un certo limite della prospettiva del presente contributo, che ritengo però giustificata da un lato dall'ampiezza di questa problematica rispetto alle altre e d'altro lato dal contributo che i criteri elaborati dalla giurisprudenza come contenuti dell'obbligazione di *praestare* hanno per l'elaborazione dogmatica di una categoria di 'responsabilità' diversa e più rigida rispetto al 'rispondere'.

CAPITOLO I

L'INADEMPIMENTO NEI FORMULARI DI VENDITA E DI LOCAZIONE DEL *DE AGRICULTURA* DI CATONE: IL CONTENUTO 'COMPLESSO' DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO IN ESSI REGOLATO E L'ASSENZA DI UN *PRAESTARE*

1. *Considerazioni sui formulari catoniani.*

La scelta di iniziare dai formulari di vendita e di locazione tramandati da Catone muove dall'esigenza, come sopra ho già detto, di avere un punto di riferimento per la originaria regolamentazione dell'inadempimento in 'rapporti obbligatori' aventi un contenuto che non si esaurisca nel *pecuniam / rem dare oportere*, e che non conosca ancora un riconoscimento di una obbligazione di *praestare* nel senso di *stare praes* come presupposto dell'*actione teneri*. Queste caratteristiche pongono i formulari del *de agri cultura* al centro della nostra attenzione e termine *a quo* fondamentale per la storia dell'inadempimento. Tutto ciò al fine di evitare l'errore di guardare al problema attraverso la prospettiva preconcetta di un necessario sviluppo, nel quale echeggi un'idea di 'evoluzione', caratterizzato in origine da una 'responsabilità' assoluta in caso di inadempimento, per giungere al principio della colpa (1). Al contrario, come si avrà occasione di vedere in questo capitolo, l'imputazione dell'inadempimento di obblighi regolati dai formulari in esame e diversi dal *pecuniam/rem dare* sembra essere costruita su condotte individuate sia sotto il profilo della idoneità a produrre il fatto, sia sotto quello del collegamento, diretto e materiale, tra soggetto ed evento, e ciò attraver-

(1) Vd. per un esempio recente I. MOLNÁR, *System der Verantwortung* cit., in BIDR 93 (1989-1990), pp. 560 sgg.

so l'uso di verbi che sembrano 'tipicizzare' non solo le condotte, ma anche le loro modalità.

I capitoli 144-150 del *de agricultura* di Catone (2) contengono dei veri e propri formulari contrattuali relativi a gare d'appalto (3) per lo sfruttamento agricolo dei fondi. Riconosciutasi quasi unanimemente l'importanza che questi formulari hanno per comprendere l'origine della vendita e della locazione, la discussione nella moderna romanistica verte soprattutto sull'interpretazione del loro contenuto (4).

---

(2) L'edizione seguita è quella nuova della Teubner a cura di A. MAZZARINO (1962; ried. 1982) di cui fondamentali i *Prolegomena* pp. IX-XCVI. Sull'opera nel suo insieme vd. altresì M. SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur*, München (1966), Beck, pp. 184-186. Su Catone il Censore in generale D. KIENAST, *Cato der Zensor*, Darmstadt (1979), Wiss. Buchgesell.

(3) Proprio gli studi storico-giuridici hanno permesso di superare l'interpretazione di questi capitoli in termini di semplici « Ratschläge des erfahrenen Landsmann an jüngere Kollegen »; H. GUMMERUS, *Das römische Gutsbetrieb als wirtschaftliche Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella*, 1906 (Neudruck 1963, Aalen, Scientia), p. 28. Cfr. L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien (1953), Holzhausen Nachf., p. 207-208.

(4) Cfr. per la moderna discussione J. BEKKER, *Über die 'leges locationis' bei Cato 'de re rustica'*, in ZRG.3 (1864), pp. 416 sgg.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, 1876, Erlangen [rist. anast. 1965, Aalen, Scientia], pp. 526 sgg.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig (1901), Veit & Comp., 613-619; C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita a Roma*, in *Opere* III, pp. 49-79 in particolare 63 sgg.; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources*, Lyon /Paris 1915, [rist. anast. Roma (1968) L'Erma di Bretschneider], pp. 237-253; A. ARCANGELI, *I contratti agrari nel 'De agri cultura' di Catone (prolegomeni)*, in *St. Zanzucchi* (1927), pp. 66 sgg.; V.A. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris (1932), Rousseau, pp. 103 sgg. L'opportunità di sottoporre a verifica l'intero testo catoniano e specie i capitoli 144-150, sentita sia dalla scienza romanistica sia dalla filologia, in quanto la complessità delle questioni che questo implica non ne permette un'analisi 'a scompartimenti stagni', è stata esaudita con i lavori congiunti di U. VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in *EOS* XLVIII, 3 (1956), pp. 227-441 [= *Gesammelte Schriften I. Römisches Recht*, Freiburg\Berlin (1989), Schäuble, pp. 1 sgg.] e P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft*, Berlin (1963), Duncker\Humblot; si può certo dire che questi due lavori hanno permesso di fare un grosso passo avanti nella comprensione del testo catoniano, ed in particolare, per quel che qui interessa, dei formulari contrattuali dei capitoli 144-150. Per gli studi successivi vanno menzionati i lavori d'insieme di L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, in *Labeo* 14 (1968), pp. 24 sgg., il quale, però, è critico nei confronti sia di chi ritiene questi capitoli una prova della tutela indiscriminata del contratto consensuale, sia

Prima di una rilettura dei formulari in relazione ai problemi che interessano, è necessario chiarire una questione preliminare. In alcune clausole dei cap. 144-150 compaiono delle *conceptiones verborum* che hanno portato alcuni autori ad affermare una totale regolamentazione dei vari aspetti del rapporto attraverso una *stipulatio* (5). In particolare si ritiene che contratto formale e consensuale si sarebbero saldati nell'ampia capacità della *concep-*

[illegible] considera, insieme alle cd. *leges Manilianae*, testimonianze che permettono: [illegible] illuminare in qualche modo lo svolgersi del processo genetico della compravendita consensuale romana, neppure nella prospettiva dell'ipotesi... della derivazione [illegible] prassi della doppia stipulazione contestuale » p. 38. Sul tema si confronti con [illegible] diverse oltre al contributo del Bekker già citato, vd. R. JHERING, *Geist des [illegible] Rechts*, III, Leipzig (1888[4]), Breitkopf u. Härtel, p. 201-203; V. ARANGIO [illegible] *La compravendita in diritto romano I*[2] cit., pp. 73-78; PH. MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in T.21 (1953), pp. 129 sgg.; F. PRINGSHEIM, *[illegible] des contrats consensuels*, in RHD.32 (1954), pp. 475 sgg. in particolare [illegible]; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel [illegible] romano*, Milano (1963), Giuffrè, pp. 120-123; F. GALLO, *In tema di origine [illegible] compravendita consensuale*, in SDHI.30 (1964), pp. 299-318; A. WATSON, *The [illegible] of Consensual Sale: a Hypothesis*, in T. 32 (1964), pp. 245-254.

[illegible] *de agricultura*, rispetto a problemi non esclusivamente giuridici C. CASTEL[illegible] *[illegible] spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti dal 'de agri cultu[illegible] di Catone*, in *St. Donatuti* I (1973), pp. 237 sgg.; W. RICHTER, *Gegenständliches [illegible] archaisches Ordnen. Untersuchungen zur Anlage von Cato 'de agricultura'*, [illegible] (1978), Universitätsverl.; P.W. DE NEEVE, *Colonus*, Amsterdam (1984), [illegible] pp. 48-51; 75-91; 201-211; D. FLACH, *Römische Agrargeschichte*, München [illegible] Beck, pp. 136 sgg.

[illegible] recenti contributi, infine, hanno preso in esame i formulari catoniani sotto [illegible] della costruzione giuridica conseguente ai mutamenti socio-economici degli [illegible] tre secoli della repubblica (M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture [illegible] fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli [illegible] diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINA-A. SCHIAVONE, Bari [illegible] Laterza, pp. 15-39 testo; 304-354 note) e della problematica della tipicità [illegible] (ID., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a [illegible]*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo[illegible]* Atti Copanello 1988, pp. 35 sgg.). Cfr. da ultimi rispetto alla vendita [illegible] M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Madrid (1994), Dykinson, pp. 183 sgg.; M. PENNITZ, *Die Gefahrtra[illegible] beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in T.62 (1994) pp. 251 [illegible] in particolare pp. 256-260 e pp. 294-296.

(5) A riguardo particolare importanza ha l'ipotesi dell'ARANGIO-RUIZ sullo [illegible] che dal baratto e dalla vendita a contanti avrebbe portato all'*emptio venditio* [illegible] obbligatoria. Questo A. ha considerato la *stipulatio incerti*, ricordata anche nei formulari catoniani, la tappa intermedia tra questi due modi d'intendere la vendita; *La compravendita*[2] cit., I, p. 57 sgg.

tio verborum diretta all'*haec dari fierique* di rivestire anche complessi assetti d'interesse, e per ciò stesso che la *stipulatio* individuerebbe lo strumento esclusivo a cui si sarebbe fatto ricorso per regolare l'intero contenuto della *lex contractus* prescritta nell'asta. La fase intermedia tra il reciproco *rem dari promittis*? - *decem dari promittis*? e l'*emptio venditio* consensuale sarebbe da individuare nell'*haec dari fierique promittis*? testimoniato nei formulari catoniani e in alcuni testi del Digesto (6).

Questa conclusione, però, contrasta con il limitato ricorso all'*obligatio verbis* rispetto agli 'obblighi' dell'aggiudicatario e del *dominus fundi* regolati nelle altre clausole (7) che nell'età di redazione delle stesse non erano necessariamente tutelati come *oportere*.

Questa ipotesi parte dal presuppposto che nella stipulazione possa formalizzarsi tutto il contenuto del contratto consensuale, il che, date le fonti a nostra disposizione, può dirsi vero con una certa sicurezza solo per il I sec. a.C. (8). Il fatto che la *conceptio verborum* della clausola predisposta nel formulario della vendita

(6) V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* [2] cit., I, pp. 64-67; 71-73 e 76-77.

(7) Già il BECHMANN notava che nella formula della stipulazione non viene calato l'intero contenuto negoziale, ma solo singole clausole; *Der Kauf* cit., I, pp. 531-532; vd. anche F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale* cit., pp. 126-127; ed ora per tutti U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 368; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford (1965), reprint Aalen (1984), Scientia, pp. 42-43.

(8) Vd. Paul. l. 3 *epit. Alf. Dig.* (D.17,2,71 pr.). A riguardo va comunque detto che la menzione della *translatio* di tutto il contenuto (*tota res*) del *pactum conventum societatis* nella *stipulatio* diretta a '*haec ita dari fieri spondes?*' fa riferimento al contenuto delle reciproche obbligazioni precisato per iscritto dalle parti (*proscripserunt; haec quae supra scripta sunt*). Questo avrebbe determinato l'esclusione di quelle prestazioni che, sebbene non fissate per iscritto dai contraenti, erano dovute in sede di interpretazione del *QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA* nato dall'accordo; sul passo, rispetto al rapporto tra *conventio* e *stipulatio* vd., invece, nel senso della completa formalizzazione del contenuto del contratto consensuale V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita* [2] cit., I, pp. 61 sgg.; ed ora, accentuando opportunamente la fissazione scritta del contenuto degli obblighi reciproci, M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, in ED.XLII (1991), p. 818 e n. 42; ID., *La tipicità dei contratti* cit., p. 104; ID., *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. BELLOCCI, Napoli (1991), Jovene, pp. 170-171; ID., *Vendita (dir. rom.)*, in ED.XLVI (1993), p. 306 e n. 26.

dall'*alea pendens*, come vedremo, preveda l'*haec dari fierique* non dimostra necessariamente che le prestazioni calate nella promessa formale fossero dirette ad un *incertum* (9). Ad una tale conclusione si può giungere solo dopo aver verificato cosa in concreto veniva fatto oggetto di *obligatio verbis*, e cosa invece vi rimaneva fuori, vuoi per il tipo di prestazione imposta, vuoi per l'impossibilità di considerare il vincolo previsto come *oportere*. E questo tanto più data l'origine dell'*emptio venditio* consensuale nel *ius gentium*, coerentemente alla necessità, una volta che gli obblighi reciproci nati dall'accordo trovarono tutela giurisdizionale in termini di *oportere,* di indicare quest'ultimo come *oportere ex fide bona* (10). Rimandando a quanto si dirà nei seguenti paragrafi, si può fin da ora anticipare che la supposta capacità della *stipulatio* di garantire il *dominus fundi* rispetto ad ogni tipo di prestazione, che la prassi sentiva dovuta per il soddisfacimento dei suoi interessi e delle sue aspettative, contrasta di fatto con la redazione a noi pervenuta dei formulari catoniani di vendita e di locazione.

D'altronde, come dimostra l'oggetto specifico dell'*oportere* collegato con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gai IV,17a) e forse la stessa funzione della *stipulatio poenae* (11), la storia dell'*obligatio verbis contracta* muove i primi passi con debiti di *certa pecunia*, giungendo solo in un secondo momento a formalizzare i debiti di *certa res*, di *facere* e di *praestare*.

Anche quando si potrà sicuramente versare tutto il contenuto dell'*obligatio consensu contracta* nell'*obligatio verbis*, restano co-

(9) Così invece F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München (1972), Beck, p. 111; per gli argomenti a favore della determinatezza della prestazione vd. M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta* cit., p. 34 sgg.; p. 109-110 n. 2; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln/Graz, 1957, Böhlau, pp. 180-181.

(10) Vd. ora in questo senso G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti Pisa 1990*, a cura di L. VACCA, Milano (1991), Giuffrè, I, p. 35.

(11) Così R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., p. 57 sgg.; *contra* M. TALAMANCA, *Pena privata (dir. rom.)*, in ED.XXXII (1982), p. 713-714 che segue sul punto E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione* cit., pp. 150 sgg.

munque alcuni problemi, soprattutto con riguardo all'efficacia degli originari obblighi sorti con l'accordo. Questi sarebbero riflessi nella concorrenza tra l'azione del contratto consensuale e l'*actio ex stipulatu* (12).

Se non può dubitarsi, allora, (e le fonti sono abbondanti) che l'impegno assunto con un contratto consensuale, in epoche in cui esso dava luogo oramai ad un *oportere ex fide bona*, venisse a volte assorbito in una *stipulatio* e che anche nei formulari catoniani questa sia utilizzata in alcune *leges* contrattuali per regolare una parte del contenuto del 'rapporto obbligatorio', il quale però non si esaurisce in un *oportere*, è altresì vero che l'assetto d'interessi programmato sembra aver percorso, come è stato osservato, « strade diverse » per regolare tutti gli impegni delle parti (13).

Questa varietà di genesi del regolamento contrattuale rende opportuna una posizione più articolata nella lettura di questi capitoli, che consideri la *stipulatio* lo strumento con il quale la giurisprudenza cautelare tutelava in termini di *oportere* una parte del contenuto del vincolo che astringeva l'aggiudicatario al *dominus*, ma non l'unico attraverso cui essa regolò gli interessi e tutelò le aspettative delle parti nel *locare* e nel *vendere*. Semmai potrà discutersi se, per le clausole della *proscriptio* dove non ricorre una *stipulatio*, si debba o meno già per quest'epoca (prima metà del II sec. a.C.) riconoscere una tutela davanti al pretore in base alla sola *conventio*, la quale, d'altronde, vestiva di una certa solennità in conseguenza della procedura d'asta (14). Sta di fatto che nume-

---

(12) Cfr. D. DAUBE, *Novation of obligation giving a bonae fidei iudicium*, in ZSS.66 (1948) R.A., pp. 91 sgg. (che accentua i limiti della stipulazione rispetto a prestazioni future, pp. 115 sgg.; vd. a riguardo rispetto ai limiti della stessa *conceptio Aquiliana « oportet oportebit »* le precisazioni di F. STURM, *Stipulatio aquiliana* cit., p. 89 nt. 134); M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, Giuffrè, pp. 37 sgg. e p. 42 n. 18; ID., *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in AA.VV., *Le droit romain et sa reception en Europe*, a cura di H. KUPISZEWSKI-W. WOLODKIEWICZ, 1978, Varsovie, pp. 195 sgg.; ID., *Pena privata* cit., in ED.XXXII (1982), pp. 712 sgg. in particolare 721-722; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., pp. 320 sgg.

(13) Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 57; ID., *Vendita* cit., p. 311.

(14) Alcuni autori considerano di per sè gli 'obblighi' non formalizzati, tutelati dal pretore sulla base della sola *conventio* (ad es. U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 377 sgg.; A. WATSON. *The Law of Obligations* cit., pp. 42-43), mentre altri

[tut]te clausole dei formulari non contengono alcuna *obligatio verbis* e l'aggiudicatario è ugualmente il destinatario di una serie di obblighi ai quali deve adempiere, pena il pegno delle cose da lui portate sul fondo del *dominus* (15) o il pagamento di una somma di denaro in base ad un *arbitratus boni viri* (16). Queste soluzioni a volte si sovrappongono nel regolare uguali obblighi, dimostrando come, in presenza di un problema che si era dimostrato con l'esperienza fonte privilegiata di contrasto, l'attività cautelare potesse proporre soluzioni diverse, non fermandosi di fronte alle [...] già sperimentate.

[...] a riguardo scettici (ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*² cit. I, pp. [...]). Posizione intermedia propone chi ritiene che la sola *conventio* non fosse di [per sé] sufficiente a creare, già in questo periodo, un vincolo giuridico sanzionato dal [pretore], ma che il ricorso ad un modello complesso come l'*auctionem proscribere*, in [cui] la nascita del vincolo assume una risonanza sociale più estesa delle sole parti [contraenti], avrebbe portato ad agevolare « il superamento della necessità della forma [...] per rendere vincolante l'accordo inteso a vendere e comprare »; F. GAL[LO], *[In] tema di origine della compravendita consensuale* cit., pp. 209 sgg.; e ora M. [TALAMANCA], *Vendita* cit., p. 311 e n. 75.

(15) Vd. a riguardo *infra* n. 49.

(16) La dottrina non ha stabilito con sicurezza se l'*arbitratus boni viri* delle [clausole] catoniane sia un arbitrato di un terzo o un arbitrato di parte informato al [criterio] del *bonus vir*. Cfr. con diverse posizioni E. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni [viri] del debitore nella determinazione della prestazione*, in *Studi* III, pp. 283 sgg.; [...] *Contratti agrari nel* de agri cultura *di Catone*, in RDA.15 (1936), pp. 2-6 [= [...] *di diritto romano* 6 (1953), pp. 273-278]; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel [diritto] romano*, Milano (1937), Giuffrè, pp. 104 sgg; M. SARGENTI, *Problemi della [responsa]bilità contrattuale*, in SDHI.20 (1954), pp. 239-240; F. CANCELLI, *Studi sui [...] e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano (1957), Giuffrè, pp. 111-118; [U. v]ON LÜBTOW, *Cato leges* cit., pp. 377 sgg.; G. GROSSO, *Obbligazioni*³ cit., pp. [...]; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano (1961), Giuffrè, pp. 183 [...]; F. VIRA, *Le obbligazioni romane* cit., pp. 190 sgg., in particolare p. 198; G. [...], *fides arbiterve* cit., pp. 111-126; B. SCHMIDLIN, *Das verfahrensrechtliche [...] 'ex fide bona' im Formularprozess*, in *De iustitia et iure. Festgabe von [...]* (1980), pp. 359 sgg.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., p. 33 n. 216; P. [...], *Arbiter*, Roma (1986), CNR/Dip. Glottoantrop. , pp. 27 sgg.; N. OL[...], *[...] ad gustum: La vente à la dégustation, de l'antiquité à l'article 1587 du [...]*, in T.58 (1990), pp. 361 sgg. in particolare p. 372; M. PENNITZ, *Die Ge[...] beim Weinverkauf at.*, in T.62 (1994), p. 296. D'altrocanto il problema [...] della sua importanza se si tiene conto che, anche nel caso di *arbitrium* [...] l'adeguamento al modello del « *bonus vir* » tende a diminuire la possibile [...] della valutazione fatta, accentuandone la natura di criterio 'obiettivo'; [...] *Epist.* (D.17,2,76; 78; 80).

Bisogna tenere altresì in conto che le singole *leges contractus*, coerentemente alla tecnica cautelare, non rappresentano un ordine ragionato, ma al contrario sono il frutto di una sovrapposizione di clausole che mano a mano si sono ritenute idonee a regolare questa o quella parte del rapporto (17). Le soluzioni della giurisprudenza cautelare precedente e contemporanea a Catone devono allora essere vagliate attentamente perché, da questo punto di vista, possono essere state influenzate da un certo modo di concepire l'oggetto dell'*obligatio verbis contracta*.

In un'età in cui si hanno i primi riconoscimenti pretori di una tutela giurisdizionale degli 'obblighi' nati dal *consensus* (Sesto Elio Peto in D.19,1,38,1) (18) non aventi ancora, probabilmente, la forza dell'*oportere* civilistico in termini di *oportere ex fide bona*, e nei quali non è emerso un *praestare* del contraente in base alla sola *conventio*, i formulari catoniani assumono un significato importante, perché attestano i primi tentativi compiuti dalla giurisprudenza cautelare per risolvere i problemi legati all'inadempimento e alla spettanza dei danni insorti nel rapporto giuridico nato con l'asta prima di questo riconoscimento.

---

(17) In questa prospettiva può ipotizzarsi una risistemazione catoniana come vorrebbero U. von Lübtow, *Catos Leges* cit., pp. 254-269 (secondo cui: « Cato hat die Normen der älteren Leges lässig-bequem in den Rahmen der jüngeren eingefügt und sich um die gedankliche Verknüpfung nicht sonderlich bemüht » p. 267); F. Thielscher, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., pp. 343-363 (ma già Jüngst-Thielscher, *Catos Keltern und Kollergänge*, in *BJ. [Bonner Jahrbücher*] 154 (1954), pp. 32 sgg. e 157 (1957), pp. 61 ss.). Affermare, invece, come fa W. Richter, *Gegenständliches Denken arcaisches Ordnen* cit., che si tratterebbe di « wohlüberlegte und zweckmäßige Aufbau » (p. 143) non mi sembra adattarsi alle modalità d'esercizio dell'attività cautelare. Il problema, in sostanza, verte sul rapporto tra redazione catoniana dei formulari e prassi cautelare da cui quelli traggono origine (H. Gummerus, *Das römische Gutsbetrieb* cit., p. 30). A riguardo il Bechmann ritiene difficile da immaginare un intervento 'creativo' (« *schöpferisch* ») dello stesso Catone (*Der Kauf* cit., p. 529) senza però arrivare ad ipotizzare, come fa M. Voigt (*Römische Rechtsgeschichte* I, Leipzig (1892), Liebeskind, p. 637-638), una diretta provenienza dei formulari dai *Tripertita* di Sesto Elio Peto. A ragione allora si è accentuato, in base al loro « carattere estremamente formalizzato, e talora stereotipo », la loro stesura di formulari 'standard', « momento non isolato » della giurisprudenza del tempo, ma al contrario « esperienza di modelli vagliati anche, in sede di letteratura cautelare, dai *prudentes* » M. Talamanca, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio* cit., p. 18-19 (testo); pp. 311-313 (note).

(18) Vd. M. Talamanca, *Vendita* cit., pp. 310-311 e n. 67.

1. *Inadempimento e danno nell'*oleam legendam/faciundam locare (19).

A. *Forme di 'autotutela' del* dominus *a fronte dell'inadempimento di alcuni 'obblighi' dell'aggiudicatario.*

All'aggiudicatario dell'asta diretta a locare la raccolta delle olive e la produzione dell'olio, e ai singoli lavoratori, sono imposti degli obblighi per i quali si riconosce come forma d'autotutela

---

(19) Catone, *De agricultura* (la numerazione progressiva delle clausole segue l'indicazione del capitolo catoniano in cui vengono inseriti i formulari d'asta e non quella dei *Fontes Iuris Romani Antiqui* (Bruns) Tübingen (1909 [7]), Neudruck Aalen 1969, Scientia, II, pp. 47 sgg.; vd. a riguardo A. Bechmann, *Der Kauf* cit., I, p. 108).

C. 144: *Oleam legendam hoc modo locare oportet./1. Oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit./2. Oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis. si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die legerit, pro eo nemo solvet neque debebitur./3. Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur./4. Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli./5. Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. si non erunt redditae, aequom viri boni arbitratu deducetur./6. Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito id viri boni arbitratu deducetur./7. Legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur./8. De fundo ligna et oleam ne deportato. qui oleam legerit, qui deportarit, in singulas deportationes SS.N.II deducentur neque id debebitur./9. Omnem oleam puram metietur modio oleario./10. Adsiduos homines L praebeto./11. Duas partes strictorum praebeto./12. Ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit. si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii. si non ita iuraverint , pro ea olea legunda et facíunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit./13. Accessionem in M ∞ CC accedit oleae salsae M V, olei puri P.VIIII, in tota oleitate (= quadranatalia) V. quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent, in singulos SS. S. S. dabuntur.*

C. 145: *Oleam faciundam hac lege oportet locare:/1. Facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit. si sex iugis vasis opus erit, facito./2. Homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut quis eam oleam emerit./3. †Trapeti† ⟨si opus fuerit (Goetz)⟩ facito./4. Si operarii conducti erunt aut facienda locata erit, pro opera resolvito aut deducetur./5. Oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus. si sumpserit, in singulas sumptiones SS. N. XL deducentur neque debebitur./6. Factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem esse de fundo L. Manlii neque alium quem-*

del *dominus* in caso d'inadempimento la diretta liberazione di quest'ultimo dal pagamento della mercede o la diminuzione del suo valore.

Così il proprietario del fondo non pagherà il lavoratore che pressi e colpisca le olive senza il permesso suo o del suo *custos* (C.144.2); o chi si rifiuti di *iurare* al *dominus* o al suo *custos* che durante la raccolta non sottrarrà olive in prima persona nè ne farà dolosamente sottrarre a qualcun'altro dal fondo di L.Manlio (cl.3) (20); o il *socius* (21) che non abbia voluto giurare (giuramento voluto dal *dominus* o dal suo *custos* in relazione all'eventualità che il *redemptor* disattenda questo impegno) di non andare, senza avere indicato prima un *socius*, dove la raccolta e la produzione fossero eventualmente locate ad una somma maggiore; (cl.12) (22).

---

quam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur./7. Socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos./8. Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur./ 9. Si virde⟨m⟩ oleum opus siet, facito./10. Accedet oleum et sale suae usioni quod satis siet, vasarium vict. II. Su questi capitoli in generale P. Thielscher, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., pp. 140-141; pp. 343-351; U. von Lübtow, *Catos Leges* cit., pp. 257 sgg.; D. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., pp. 136-142.

(20) A riguardo fondamentale P. Huvelin, *Études sur le furtum* cit., I, pp. 240-242.

(21) Il Bekker accentua la difficoltà di spiegare il richiamo al *socius*, forse dovuto, per questo A., al fatto che le « leges bei Cato nicht reine Vertragsformulare sind »; *Über die leges locationis* cit., p. 433; per il Lastig (in *Zeitschr. gesam. Handelsr.* 24, 1879, pp. 409 sgg.) seguito dal Pernice (*Parerga I. Zum römischen Gesellschaftsverträge*, in ZSS.3, 1882, R.A., p. 50 n. 1) i *socii* sarebbero i lavoranti; in questo senso di recente D. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 139); più valida sembra essere l'altra interpretazione, peraltro dominante, che li considera altri *redemptores* ; cfr. Th. Mommsen, *Römische Geschichte*, I, Berlin (1874⁶), Weidmann, p. 848 n.* ; C. Ferrini, *Le origini del contratto di società in Roma*, in AG 38 (1887), pp. 22 sgg. [=*Opere* 3, Milano, 1929, pp. 37 sgg.]; H. Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb* cit., p. 30; V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli (1949-50), Jovene (rist. anast. 1982), pp. 23-26; U. von Lübtow, *Catos leges* cit., pp. 286 sgg.; G. Thielmann, *Die römische Privatauktion* cit., p. 256.

(22) La cl. ci riporta ad una realtà nella quale il singolo *redemptor* era solito partecipare a diverse licitazioni private. Era quindi ben possibile che lo stesso soggetto diventasse aggiudicatario in diverse *auctiones*. In questa prospettiva l'obbligo impostogli dal formulario di non *concedere* salvo l'indicazione di un *socius* tra i più

Altre clausole riconoscono al *dominus* la diretta diminuzione di una parte della mercede, sia prefissandone la quota (2 sesterzi in caso di singole *deportationes* di legno e di *olea* — C.144.8; 40 sesterzi per ogni singola *sumptio* contrastante con il divieto di usare l'olio sia *utendi* sia *furandi causa*, salvo che per quello dato dal *dominus* stesso o dal suo *custos* — C.145.5) (23); sia parlando genericamente di un *deducere* (rispetto: all'obbligo di fornire l'adeguato numero di *leguli* e *strictores* — C.144.7; alla somma pagata dal *dominus* agli *operarii* utilizzati, dovuta però dal *redemptor* — C.145.4; al mancato giuramento dei *factores* riguardo all'obbligo di non sottrarre *olea* nè in proprio nè attraverso altri dal fondo di L. Manlio — C.145.6).

Queste forme di autotutela trovano fondamento proprio nella disponibilità del corrispettivo da parte del *dominus* fino all'adempimento dell'attività appaltata, ponendo l'aggiudicatario e i garanti nella condizione di subire l'indiretta pressione a ciò collegata (24).

II. *La* fractio *delle* scalae datae *e la* vetustas *(cl.144.5).*

All'interno del rapporto diretto alla raccolta dell'*olea* si stabilisce che le scale del *dominus* devono essere restituite dal *redemptor* così come saranno date, salvo quelle rotte per *vetustas*.

§ 1. *Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate*

---

non è tanto diretto ad evitare, come vorrebbe il Mommsen, un suo allontanamento prima dell'aggiudicazione, il che avrebbe falsato in qualche modo i fini della gara (*Römische Geschichte* cit., p. 848 n. *), quanto è teso ad assicurare al *dominus* che una volta conclusasi la procedura d'asta e individuato l'appaltatore, che il lavoro si svolga comunque alle condizioni aggiudicate, sebbene l'aggiudicatario originario decida per valutazione di opportunità economica di raccogliere e produrre olio o olive in un'altra tenuta nella quale ugualmente sia risultato vincitore della gara.

(23) Vd. P. Huvelin, *Études sur le furtum* cit., pp. 243 sgg.

(24) Il Flach parla a riguardo di « Druckmittel »; *Römische Agrargeschichte* cit., p. 138; secondo il Talamanca tali forme di autotutela in un « momento antecedente alla diffusione dei contratti consensuali protetti nella *iurisdictio praetoris* », pur contrapponendosi la *Machtlage* del *dominus fundi* e quella del *redemptor* « si fanno essere sentite assicurare sufficientemente le due posizioni »; *La tipicità* cit., p. 34.

fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom viri boni arbitratu (25) *deducetur* (26).

Nel rapporto sorto con l'aggiudicazione dell'asta si riconosce al *dominus* il diritto di diminuire il corrispettivo in denaro per salvaguardare il suo interesse alla restituzione degli attrezzi, dati per la raccolta, in uno stato idoneo a successivi utilizzi (27).

La valutazione del *bonus vir*, che ha ad oggetto l'adempimento di questo obbligo, condiziona ad una verifica imparziale l'eventuale riduzione del corrispettivo. La clausola precisa che questa valutazione deve essere fatta *aequum*, fornendo un ulteriore parametro per guidare l'*arbitratus* (28). Trova sanzione così un 'obbligo' di restituzione accessorio rispetto allo scopo negoziale di raccogliere le olive e fondato sul prestito d'uso delle scale stesse che diviene parte del contenuto del rapporto (29).

Il *redemptor*, però, può provare che la *fractio* sia stata dovuta

---

(25) [*reddat aequae arbitratu*] ⟨*redditae, aequom v.b. arbitratu*⟩ (GOETZ); il BEKKER propone invece ⟨*reddet aequas aut arbitratu deducetur*⟩; *Über die leges* cit., in ZRG.3 (1864), p. 424.

(26) [*reducetur*] ⟨*deducetur*⟩ (Poliziano) così U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 259; il THIELSCHER propone ⟨*deducentur*⟩; *Des Marcus Cato Belehrung* cit., p. 345.

(27) Per il PERNICE il *redemptor* potrebbe anche essere tenuto a restituire delle scale nuove; *Zur Lehre von dem Sachbeschädigungen nach römischen Recht*, Weimar (1867), Böhlau, pp. 8-9.

(28) L'*aequum* non esprime qui il semplice controvalore della scala rotta come ritiene il FLACH (*Römische Agrargeschichte* cit., p. 137), ma la proporzione tra il *deducere* ed il valore di fatto dell'attrezzo al momento della rottura. L'*aequum* si dimostra in sostanza il criterio per l'*aestimatio* del *quantum* da dedurre. Se ciò provi o meno la natura extragiudiziale di questi *arbitrati*, non è a mio avviso sicuro, dato che l'*aequum* ricorre in altre clausole dove si prevede un *solvere* non mediato da un *arb. b.v.* (cl. 6 del cap. 146); ma vd. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 133-134 che ipotizza altresì un collegamento tra questi arbitrati e i futuri *iudicia bonae fidei*, pp. 218-235; su questo collegamento altresì U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., pp. 377 sgg. Sul punto vd. ora anche L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Atti Sem. Probl. Contr. (1987)* I, Milano (1988), La Goliardica, pp. 81-87.

(29) La clausola, in sostanza, tende a regolare in origine una prassi agraria che potrà o meno nel tempo essere recepita come elemento naturale del contenuto contrattuale. Riguardo l'obbligo di restituire gli attrezzi nello stato in cui sono stati consegnati vd. Nerazio in D.19,2,19,2 su cui B.W. FRIER, *Law, Technology and Social Change: the Equipping of Italian Farm Tenencies*, in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 204 sgg..

ta alla *vetustas* delle scale, evitando così la diminuzione del corrispettivo. Da un punto di vista strettamente probatorio, la 'vetustà' delle scale è facilmente accertabile con la semplice presentazione dell'attrezzo alla controparte.

Il *frangere*, richiamato dal *fractae esse*, è verbo utilizzato anche nella *lex Aquilia*, che non si adatta, più si risale nel tempo, a qualsiasi condotta che abbia prodotto la 'rottura', ma al « profilo dell'azione fisica diretta, del materiale contatto dell'agente con la cosa rotta » (30). Ciò chiarirebbe anche il perché si richiami soltanto la *vetustas*, cioè un fattore 'interno', e nessun fattore 'esterno' (come invece in un caso di locazione della *villa*; Ulp. D.19,2,30,4: « *ut incorruptam praeter vim et vetustatem* »), come idonea causa esimente per la *fractio* delle *res* prestate in uso. Solo se le scale vengono rotte attraverso una condotta diretta del conduttore si dovrà effettuare, allora, la *deductio*, salvo che la rottura verificatasi durante quest'uso non sia determinata dalla loro 'vetustà' (31).

La valutazione del *bonus vir* si concentra essenzialmente sull'obbligo regolato dalla clausola (restituzione delle scale nella stessa condizione) che se inadempiuto in base ad una condotta qualificata come *frangere* fa nascere il diritto alla deduzione. La *vetustas* inserisce in questo meccanismo un'ipotesi negativa (*nisi*), che impedisce a questo di operare, paralizzando gli effetti sanzionatori.

C. *Il* damnum domino datum *nello svolgimento dell'*opera redemptoris.

Cap. 144,6: *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito; id viri boni arbitratu deducetur.*
Cap. 145,8: *Si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur.*

---

(30) Vd. l'analisi terminologica in S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., p. 18.

(31) Di solito, invece, si interpreta il *frangere* come descrittivo della rottura in quanto tale e non anche delle condotte rilevanti che la possono aver causata, finendo per considerare irrilevante, ai fini della deduzione, il comportamento dei sottoposti, in quanto in ogni caso il *dominus* vi sarà soggetto; vd., ad es., U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., pp. 280-281; p. 376.

L'aggiudicazione dell'asta sull'*olea legenda* e *faciunda* pone il *redemptor* e i suoi operai in diretto contatto con gli alberi e i frutti del *dominus*, il quale loca l'attività di raccolta e di spremitura delle proprie olive. Di qui la possibilità che nello svolgimento dell'*opera redemptoris* gli si arrechi un danno. La clausola elaborata dimostra di porre in stretta relazione le attività negozialmente dovute ed il danno arrecato al *dominus*.

Altre clausole negli stessi formulari prevedono strumenti di controllo della raccolta e delle attività di oleificazione dell'aggiudicatario, in particolare le clausole 1-2 del capitolo 144 e la cl.1 del cap. 145, nelle quali l'attività del *redemptor* è sottoposta al controllo ed alla guida dell'*arbitratus domini* (32). In particolare l'inadempimento delle direttive proprietarie porta alla liberazione dall'obbligo al corrispettivo, senza d'altronde una mediazione dell'*arbitratus boni viri* (33) (*si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur* (34)). Oltretutto la cl.4 del cap. 144 prevede che « *oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli* »; questa disposizione regola un'eventuale *satisdatio*, conseguente all'*arbitratus L. Manli*, avente ad oggetto la corretta raccolta dell'*olea* (35).

Queste clausole mirano tutte a garantire le aspettative del *dominus* rispetto al risultato del lavoro appaltato: nella cl.1 l'obbligo di *oleam recte cogere* è imposto secondo le direttive e il giudi-

(32) Il von Lübtow, nella sua ricostruzione dei formulari secondo uno schema bipartito in « ältere » e « jungere Fassungen » (*Catos leges* cit., pp. 258 sgg.), corre il pericolo di comprimere in queste due esclusive prospettive un contenuto dei formulari che può ben essere frutto di diverse proposte cautelari, non tutte necessariamente in successione cronologica, accumulatesi per tutelare singoli interessi del *dominus fundi*.

(33) A ragione quindi si accentua che il ricorso all'*arb. b.v.* in alcune clausole dei formulari mira ad « una restrizione della discrezionalità » che altrimenti l'approvazione ed il gradimento del *dominus fundi* avrebbero avuto; M. Talamanca, *Obbligazioni* cit., p. 33 n. 216.

(34) Per l'Usener il « *delegerit* » andrebbe sostituito con « *legerit* » in base ad una « gedankenlose Wiederholung von Die »; *Zu Cato*, in *Rh.M.*19 (1864), p. 142.

(35) Sulla clausola vd. P. Thielscher, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., pp. 343-344.

[...] del proprietario, da un lato sottoponendo l'aggiudicatario ad un forte potere discrezionale, suscettibile di sconfinare in vere e proprie prevaricazioni, d'altro lato, però, sottraendolo dal rispondere del risultato della propria attività ogniqualvolta avesse seguito le direttive del *dominus* (36).

Nella cl. 4 lo stesso *oleam recte cogere* viene fatto oggetto di una stipulazione di garanzia, il ricorso alla quale è però condizionato da un *arbitratus L. Manli*. Questa ulteriore clausola rafforza l'interesse proprietario ad una corretta raccolta nei casi in cui probabilmente la direzione ed il controllo della *opera redemptoris* non fossero di per sè sufficienti. Gli effetti negativi dell'azione del *redemptor* da cui il *dominus* vuole vedersi garantito portano a prevedere il ricorso ad una *satisdatio* che assicurava nei casi ritenuti opportuni una estensione dei soggetti che potevano considerarsi garanti, in accordo con la funzione propria delle posteriori *satisdationes* pretorie (37).

Con le clausole 6 del cap. 144 e 8 del cap. 145, infine, si predispone un ulteriore strumento di tutela del *dominus*, a fronte dei danni a lui arrecati durante lo svolgimento dell'attività appal-

(36) Va notato, di passaggio, che per il diritto classico la direzione dei lavori [...] esercitata nella forma dell'*arbitrium domini* comporta una diversa valutazione dell'inadempimento del *conductor* di un *opus faciendum*. Giavoleno, a riguardo [...] tra l'*opus faciendum arbitrio domini*, e quello invece rimesso alla *bo*[...] *conductoris* (da intendere qui come capacità tecnica di svolgere il lavoro). Nel primo caso, se l'*opus* risulta viziato, il *locator* potrà agire *ex locato*, non solo quando il *quid faciendum* sia stato retribuito *uno pretio*, ma altresì quando esso sia stato retribuito *in singulas operas*. Quando invece l'*opus faciendum* sia stato locato, [...] *domini efficeretur*, allora *nihil conductor praestare domino de bonitate* [...] (D.19,2,51,1).

(37) Cfr. A. Steinwenter, vc. *Satisdatio*, in PWRE.II A 1 (1921), coll. [...]; U. Brasiello, *Satisfactio e diritto classico*, Estr. da *St. Senesi* 52 (1938), in [...] p. 37; A. Palermo, *Procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano [...] Giuffrè, pp. 55 sgg.; S. Cruz, *Da 'solutio'*, Coimbra (1962), pp. 296-307; V. [...], *Satisdatio*, in NNDI. XVI (1969), pp. 661-662; A. Mozzillo, *Stipulatio* [...], in NNDI. XVIII (1971), pp. 450-456; A.M. Giomaro, *Cautiones iudiciales* [...] *iudicis*, Milano (1982), Giuffrè. Sulla prassi originaria di prestare cauzio[...] convenzionalmente e sulla successiva recezione di queste manifestazioni nel procedi[...] formulare vd. F. von Woess, *Die prätorischen Stipulationen und der römi*[...] *Rechtsschutz*, in ZSS.53 (1933) R.A., 372-408 in particolare pp. 397-400; A. [...], *Contributi allo studio delle 'stipulationes praetoriae'*, Napoli (1960), Jo-[...]

tata. Difficile a riguardo stabilire l'ampiezza dell'*arbitratus boni viri* rispetto alla natura dei danni verificatisi, ed in sostanza se oltre al *quantum* si entrasse nel merito rispetto al collegamento imposto dalle clausole tra *opera redemptoris* e *damnum datum* (38).

Queste ultime clausole, rispetto alle prime, riflettono lo sforzo cautelare di salvaguardare l'aspettativa del *dominus* prestando attenzione più che all'attività dovuta in quanto tale, agli effetti negativi conseguenti all'immissione concordata di un altro soggetto nelle cose proprie.

Ma il *damnum datum* è rilevante perché il *dominus* viene tradito nelle sue aspettative creditorie o perché incide comunque su cose altrui?

Il *damnum opera redemptoris datum* è a mio avviso rilevante principalmente perché incide su cose altrui, ma questo non impedisce che si delimiti la sua rilevanza in base all'attività da cui scaturisce. Probabilmente proprio questo profilo doveva accentuare l'esigenza di una tutela autonoma dell'inadempimento degli obblighi imposti con l'asta privata, sottraendo la fattispecie all'illecito aquiliano e concentrando l'attenzione del *iurisperitus* su un certo tipo di danno.

Ciò che diviene rilevante è, quindi, il danno arrecato al *dominus* durante lo svolgimento delle attività dovute, il che farebbe riemergere, in modo appena percettibile, il sovrapporsi ad una rilevanza del danno strettamente legata alla tutela dell'alienità della *res*, una sua rilevanza rispetto a condotte predefinite e assunte come dovute in sede di *auctiones privatae*.

---

(38) In dottrina si è posta in evidenza la diversa rilevanza del ricorso all'*a.b.v.* rispetto all'*a. domini* in quanto al primo si ricorre « quando si tratti di determinare la qualità dell'oggetto venduto o la misura della prestazione » (E. ALBERTARIO, *L'arb. b.v. del debitore* cit., p. 289). In sostanza « la determinazione degli *essentialia negotii* è dunque sempre e solo deducibile nello *arb. b.v.*, non la verifica e il collaudo dell'opera commessa, che è un *naturale negotii* »; F. CANCELLI, *Studi sui censores* cit., p. 115; vd. altresì G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., p. 117 n. 11.

1. *L'inadempimento degli obblighi dell'acquirente dell'*olea pendens *(cap. 146) e del* vinum pendens *(cap. 147)* (39).

A. *L'obbligo formalizzato nella* conceptio: « dari fierique satisque dari promittis? » *e la* solutio pretii.

Come ho già accennato i due formulari sulla vendita dell'*olea pendens* e del *vinum pendens* (il secondo fa rinvio per la disciplina al primo ; cl. 3 cap. 147) (40) hanno richiamato l'attenzione degli autori che se ne sono occupati in relazione al ricorrere di una *conceptio verborum* tesa a tutelare alcuni 'obblighi' dell'*emptor* in termini di *obligatio verbis*. Recitano le clausole 4 e 5 del cap. 146:

Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini./ Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit domini esto.

A prescindere, per ora, dai problemi del rapporto tra il *promittere* ed il *satisdare* (41), la clausola mi interessa per compren-

---

(39) Cat. 146: *Oleam pendentem hac lege venire oportet: 1. Olea pendens in fundo Venafro venibit./2. Qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet, (praeconium praesens SS. L) et oleum (Romanici P.∞D, ... oleae (caducae M L, strictivae M X: modio oleario mensum dato), ... ponderibus modiisque domini dato. †iri pri† primae cotulas duas./3. ... ex K. Nov. mensum X oleae legendae faciendae: quae locata est, et si ... idibus solvito./4.* [vedi testo] /5. [vedi testo]/6. [vd.testo]/7. *Si ... et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, ... volet, solvat; emptor domino debeto et si id satis dato, proque ea re ita ... pignori sunto.*

(40) *Hac lege vinum pendens venire oportet: 1. Vinaceos inlutos et faecem relinquito. 2. Locus vinis ad K.Octob. primas dabitur. si non ante ea exportaverit, dominus vino quid volet faciet./3. Cetera lex, quae oleae pendenti.* Sulla cl. 2 del formulario della vendita del *vinum pendens*, relativa al riconoscimento di un ampio potere di « autotutela » del *dominus fundi* in caso di ritardo del compratore nel ritirare il vino prodotto dal *locus* da quello adibito, ritiro da effettuare entro le prime calende di ottobre vd. U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., ...; S. RICCOBONO Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in AUPA 29 (1962), pp. 136-137.

(41) Cfr. le successive considerazioni *infra* pp. 81-82.

dere l'effettivo oggetto della *promissio*, al di là dell'ampia *conceptio*.

La cl. 2 del cap. 146 impone un *dare* all'*emptor* dell'*olea pendens* avente ad oggetto sia *pecunia* che olio prodotto. Riguardo al denaro si ha un accreditamento del prezzo, che deve comprendere anche la percentuale spettante al banditore d'asta (1% dell'*omnis pecunia*), e l'obbligo di pagare al momento dell'aggiudicazione 50 sesterzi (*praeconium praesens SS.L*). La clausola indica poi dettagliatamente le quantità e le qualità dell'*oleum* da dare come corrispettivo, dimostrando che la licitazione era limitata alla somma di denaro corrispettiva.

La cl. 3 dispone nella prima parte il termine dell'adempimento della *solutio* del prezzo accreditato, fissandolo al decimo mese a partire dalle calende di novembre (*dies argento ex kal.Nov. mensum X*); la seconda parte obbliga l'aggiudicatario a corrispondere la mercede dovuta entro le idi — senza specificare il mese (42) — nel caso in cui, egli stesso o il *dominus* prima di vendere, avessero concesso in locazione la raccolta e la spremitura dell'*olea*.

La collocazione della cl. 4 dimostra che la garanzia formale era prevista per le sole disposizioni delle clausole precedenti relative al prezzo in denaro offerto nell'asta e in natura come prestabilito dalla cl. 3, ed ai tempi del suo pagamento (43). D'altro canto in questa clausola l'obbligo di *promittere* e di *satisdare* è condizionato dalla discrezionalità del *dominus* (44).

---

(42) Le idi sono ripetutamente indicate nelle fonti come giorno di paga; CIL I², 894; Cic. *Catil.* I,14; *ad Q. fr.* II,14,4; *Att.* X,5,3. Sul mese a cui le idi si riferiscono vi sono diverse ipotesi: dicembre (U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 305); il mese successivo a quello in cui la raccolta veniva fatta (D. FLACH, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 143).

(43) Si spiegherebbe allora, secondo il BECHMANN, l'uso di « *FIERI* »; *Der Kauf* cit., I, p. 532. Non si comprende perché le prestazioni in natura vadano intese come un *incertum* (così BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* cit., p. 18-19), dato che la clausola 2 è chiara nel determinare le esatte quantità delle diverse qualità di olio.

(44) Per il VON LÜBTOW l'*arbitratus domini* sarebbe invece collegato alle modalità delle prestazioni di « *fieri* » e « *satisdari* » (*Catos leges* cit., p. 308), mentre per il BROGGINI alle « Nebenobligationen » (*Iudex arbiterve* cit., p. 117 n. 13). Di preferire l'opinione del GALLO, il quale ritiene che in base anche alle clausole stesse

Di fatto l'ampia *conceptio verborum*, in astratto idonea a far nascere *obligationes verbis* aventi ad oggetto prestazioni di *dare*, di *facere* e di *satisdare*, mira a garantire il *dominus fundi* rispetto all'obbligo dell'aggiudicatario di pagare il prezzo in denaro ed in olio, determinando per esso la nascita di un *oportere*. L'attività cautelare predispone la stipulazione e la *satisdatio* rispetto all'interesse fondamentale del venditore, che costretto dai tempi agricoli ad accreditare il corrispettivo, vuole assicurarsi il più possibile dell'adempimento futuro della prestazione (45).

Qualche problema sembra essere dato dalla previsione nella *conceptio verborum* di una specifica prestazione di *satisdari*. Per qualcuno essa sarebbe superflua data la previsione dell'obbligo oltre che di *promittere* proprio di *satisdare* (46). Per altri se ne deve negare la natura di oggetto della stipulazione (47). In verità il fatto che si affianchi ad un *satisdato* un *satisdari promittito* può spiegarsi attraverso la sovrapposizione di strumenti idonei, di già forse diverse, a meglio garantire la *solutio* futura, sia in quanto il *satisdare* venga imposto dal solo formulario d'asta, sia in quanto venga fatto oggetto specifico di una *stipulatio* e quindi tradotto in un vero e proprio *oportere* (48).

La possibilità che potesse mancare la *stipulatio* sembra d'altronde indirettamente provata dalla previsione nella cl. 5 del *pi-*

---

agli appalti pubblici (*Lex parieti faciundo Putoleana* I,6-8; FIRA III² *Negotia* n. 153 p. 311; *Lex Malacitana* 60, 35-36; FIRA I² *Leges*, p. 214) l'*arb. dom.* richiamato nella cl. catoniana mira a suggerire « al *dominus* di valutare attentamente le circostanze e di non accontentarsi, se esse lo richiedevano, della promessa del compratore (nella forma della cd. *stipulatio*) di adempiere quanto convenuto, ma di farsi anche promettere (nella stessa forma) un'idonea garanzia personale », *In tema di origine della compravendita* cit., p. 313; vd. altresì V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., I, p. 76.

(45) In questo senso M. TALAMANCA, *Vendita* cit., p. 307. In questa prospettiva la *satisdatio* ha valore satisfattivo; S. CRUZ, *Da 'solutio'* cit., p. 236 n. 352.

(46) U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 308.

(47) M. KASER, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in ZSS.90 (1973) p. 214.

(48) Vd. A. BECHMANN, *Der Kauf* cit., I, p. 533; il GALLO pensa ad « un'epoca in cui l'*auctio* privata... non era ancora, senza il cappello di clausole stipulatorie, produttiva di effetti giuridici »; *In tema di origine della compravendita* cit., p.

gnus sulle cose portate nel fondo dall'aggiudicatario fino alla *so-lutio* stessa o alla *satisdatio* (49). Se poi il ricorso all'*obligatio verbis* fosse in questo caso veramente facilitato dalla specifica prestazione dovuta, rispetto ad altri obblighi per i quali non si segue questa soluzione, rimane, nei limiti di questa ricerca, su un piano d'ipotesi (50).

B. *Le* res *oggetto di* reddere *e la loro* fractio.

La cl. 6 recita:
Vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliut datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet, aequom solvito.

Anche nella vendita dell'*olea pendens*, così come nella *lex lo-*

(49) In questo senso di recente M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 60; Id., *Vendita* cit., p. 307 e n. 35. In dottrina si è discusso sulla natura e sui mezzi di tutela di questo *pignus* soprattutto in relazione al significato del « *domini esto* » in caso di *deportatio*, anche se si è concordi nel riconoscergli una funzione di garanzia rispetto al pagamento o alla *satisdatio*; vd. MANIGK, v. *Pignus*, in PWRE.20,1 (1941) coll. 1246-1247; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella 'fiducia' e nel 'pignus'*, Torino, s.d., Giappichelli, pp. 98-109; ID., *Pegno (dir. rom.)*, in ED. XXXII (1982), p. 664; M. SARGENTI, *Il 'de agricultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in SDHI.22 (1956), pp. 158-184 in particolare per la tesi di questo A. pp. 180 sgg.; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *St. Betti* II, pp. 435-444; U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 309 sgg.; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 180-181; W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in ZSS.90 (1973) R.A., p. 151 s. 2; M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, in T.44 (1976), p. 238; ed altri P.W. DE NEEVE, *Colonus* cit., pp. 48-51; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, in *St. Sanfilippo* 7 (1987), pp. 283 sgg.; ID., *Ricerche sull'origine del pegno*, in *Scritti Auletta* (1988), pp. 59-94. Una convenzione uguale a quella catoniana è ricordata da Labeone l.5 *post. a Iav. epit.* (D.20,6,14): « *Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse* ».

(50) Senza poter in questa sede affrontarsi una tale problematica si deve però tener conto che proprio il *certa verba agere* assicurava con la *l.a. per iudicis postulationem* i debiti di denaro assunti con *sponsio*, e con le *condictiones* introdotte dalle leggi Silia e Calpurnia i debiti di denaro e di *res certa*, imponendo quindi a chi volesse vedersi garantito rispetto a prestazioni diverse, una riconduzione di queste ultime entro il *dare certum*. Una prassi di questo genere potrebbe essere attestata proprio per la *stip. poenae*; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., p. 45 sgg.

cationis relativa alla raccolta, la prassi agricola dà vita ad una serie di obblighi accessori dell'aggiudicatario. Questa cl. rispetto alla cl. 5 del cap. 144 fa un elenco maggiore delle cose da restituire, ampliato infine ad ogni oggetto che il *dominus* abbia consegnato all'*emptor*. L'aggiudicatario è obbligato a restituire sane le res consegnategli, fatta eccezione per quelle *fractae* a causa di una sua *vetustas*.

La clausola dimostra di regolare l'interesse proprietario in modo analogo al formulario della locazione, evidenziandosi però alcune differenze importanti. Da un lato, si preferisce alla clausola dell'*ita uti datae erunt, ita reddito* della cl. 5 cap. 144, quella del *salva recte reddito*, sostituendo nella valutazione dell'adempimento, al parametro dello stato in cui le scale erano state consegnate, quello della 'integrità' delle cose al momento della restituzione. D'altro lato, la differente disposizione del corrispettivo da parte dell'aggiudicatario, sul quale, al contrario che nel formulario di locazione, ricade l'obbligo di pagare il prezzo, sembra condizionare anche la soluzione risarcitoria delle cose rotte, prevedendosi direttamente un suo *solvere* informato al-l'*aequum*.

L'assenza di un *arbitratus boni viri* in questo caso verrebbe dunque integrata, secondo qualche autore, dal richiamo all'*aequum*, criterio proprio della determinazione del *bonus vir* (51).

C. *L'assenza di una clausola sul* damnum domino datum *nel formulario sulla vendita dell'*olea*: distinzione tra* locare *e* venire*?*

La varietà degli schemi diretti a regolare il rapporto nato con l'aggiudicazione d'asta potrebbe non essere estranea, oltre che al particolare contenuto degli obblighi dell'aggiudicatario, al diverso modo d'intendere il *locare* e il *venire*. Importante a riguardo è confrontare i capitoli 144-145 (*oleam legendam/ faciundam locare*) e 146 (*oleam pendentem venire*), secondo i quali l'aggiudicatario raccoglie le olive e produce l'olio in un caso nell'interesse

(51) G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., p. 181.

del *dominus* che paga il servizio e nell'altro nel proprio interesse pagando il prezzo fissato con l'aggiudicazione d'asta (52). In entrambi i rapporti l'aggiudicatario dell'*auctio* dovrà svolgere un'attività sul fondo dove si trovano le olive (53).

Il fatto che solo nelle *leges locationis* compaiano clausole cautelari per regolare il *damnum* arrecato al *dominus* con l'*opera redemptoris* potrebbe riflettere una interpretazione più rigorosa del « *damnum opera redemptoris datum* », in base alla quale l'accento verrebbe dato col tempo più alle attività negozialmente dovute (raccolta e spremitura delle olive) che agli eventuali danni che da queste potevano scaturire rispetto all'intero patrimonio del *dominus fundi*. Oltre che dalla eventualità che il venditore avesse già locato la raccolta e la spremitura delle olive (cl. 3 cap. 146; *supra*), l'assenza di clausole analoghe nella vendita delle olive pendenti potrebbe cioè essere condizionata dal diverso patrimonio a carico del quale si pone il risultato della raccolta e della spremitura. L'*olea empta*, proiettata economicamente nel patrimonio del compratore, sembra impedire che sorgano questioni relative alla sopportazione dei danni insorti, e ciò data la confusione tra chi produce l'olio e a chi va il risultato di questa produzione. Questo potrebbe dimostrare, indirettamente, che la clausola sul *damnum opera redemptoris datum* fosse oramai interpretata come diretta essenzialmente ad evitare non qualsiasi danno alle *res* del *dominus fundi*, ma soltanto il danno alle *res* oggetto specifico delle attività imposte dal contratto, cioè le olive. Potrebbe in sostanza proporsi una progressiva liberazione dalla prospettiva per così dire aquiliana a favore della delimitazione dei danni tutelati attraverso questa clausola in rapporti obbligatori nati da *auctiones privatae*.

---

(52) Vd. così N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der locatio conductio irregularis*, in ZSS.104 (1987) R.A., p. 221.

(53) Che anche l'*emptor* svolga, in proprio o subappaltando, l'attività di raccolta e di spremitura risulta evidente sia dalla cl. 4 *in fine* dove si prevede il *pignus* sugli *illata* di questo per garantire indirettamente al *dominus* la *solutio* o la *satisfactio*; sia dalla cl. 5 sul *reddere* accessorio in caso di *datio* di attrezzi per la raccolta e per la spremitura; sia dalla cl. 7 dove si richiamano esplicitamente i *leguli e i factores, qui illic opus fecerint*, per i quali l'*emptor* deve pagare la mercede.

Alla distinzione terminologica (*locare*; *venire*) di due modi di disporre della produzione agricola sembra fare eco una elaborazione in parte differenziata di clausole adatte a regolare gli interessi del *dominus fundi*, rendendo forse possibile l'individuazione degli elementi che nel tempo renderanno *locare* e *vendere* distinte *causae obligationum* (54).

[illegible] L'« *inacetimento* » e l'« *ammuffimento* » del vino venduto in botte (55).

La clausola di rinvio al formulario del cap. 146 (148, 7: *cetera* [illegible] *quae oleae pendenti*), in base al differente oggetto venduto,

---

(54) D'altronde chi ritiene il *locare* fenomeno 'unitario' costruisce la sua ti[illegible] proprio sull'obbligo di restituire: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto* [illegible] Napoli (1921 [1]), pp. 235 sgg.; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di lo*[illegible] *diritto romano*, in RISG. 2 (1927), pp. 529 sgg.; RISG. 3 (1928), pp. 3 [illegible] OLIVER MARTIN, *Des divisions du louage en droit romain*, in RHD. 15 [illegible] pp. 416 sgg.; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR.62 [illegible] pp. 9-119; ID., *Locazione* in NNDI. IX (1963), pp. 992 sgg.. La tripartizione [illegible] in *l.c. rei, operis, operarum* — seguita invece nei lavori precedenti da [illegible] *Platzrecht und Miete*, Berlin (1867), Charisius; E. COSTA, *La loca*[illegible] *nel diritto romano* Torino (1915), Bocca; F. MAROI, *La locazione di* [illegible] *diritto romano*, in RIS. 20 (1916), pp. 201 sgg.; [= *Scritti giuridici*, I, pp. [illegible] BOLLA, *Pacht*, in PWRE. 36 (1949), coll. 2439 sgg. — è preferita an[illegible] MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit.; ID., *Tipicità e unità della locatio* [illegible] in *Labeo* 5 (1959), pp. 390-397; M. KASER in *Iura* 11 (1960), pp. 229 ss. [illegible] più recente verte non tanto sulla unitarietà del *locare*, quanto sulla [illegible] *res locata*: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* cit., II, 1, pp. 223 sgg., [illegible] unitaria dell'assetto d'interessi; H. KAUFMANN, *Die altrömische* [illegible] (1964), Böhlau, pp. 179-232, accentua la duttilità della *demonstra*[illegible] la peculiarità del *quid locatum*; vd. però a riguardo le riserve di A. [illegible] *(dir. rom.)*, in ED.XXIV (1974), pp. 907 sgg.; infine P. PINNA [illegible] *ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano [illegible] pp. 187-195, propone una visione unitaria del *locare* attraverso il [illegible] dell'attività che si deve svolgere su una *res* altrui (su questo la[illegible] R. VIGNERON, *La locatio conductio secondo i romani*, in *Labeo* 34 (1988), [illegible] Per la tripartizione favorevoli, A.D.E. LEWIS, *The Trichotomy in lo*[illegible] in *The Irish Jurist* 8 (1973), pp. 164 sgg.; R. ROBAYE, *L'obligation* [illegible] pp. 159-172; R. VIGNERON, *La conception originaire de la locatio con*[illegible] in *Mél. Wubbe* (1993), pp. 509 sgg.

(55) Cap. 148: *Vinum in doliis hoc modo venire oportet: 1.Vini in culleos* [illegible] *quadragenae et singulae urnae dabuntur./2. Quod neque aceat neque mu-*

deve ritenersi relativa soprattutto alla garanzia del pagamento del corrispettivo da parte dell'*emptor* (56).

La cl. 1 prevede la quantità di vino messa all'asta, disponendo che il *dominus* darà 41 *urnae* (ca.13 l. ogni urna) del vino che si trova nei singoli *cullei* (ca.520 l. ogni *culleus*) (57). L'aggiunta di un'urna all'equivalenza 1 *culleus* = 40 *urnae* è di solito spiegata in relazione alle perdite possibili durante il travaso (58).

Le clausole 2 e 3 dispongono:

> *quod neque aceat neque muceat, id dabitur. / in triduo proxumo viri boni arbitratu degustato. si non ita fecerit, vinum pro degustato erit; quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent* (59).

A differenza che nei formulari sull'*olea pendens* e sul *vinum pendens*, qui l'oggetto venduto è già stato prodotto dal *dominus* e si vuole regolare il momento del passaggio da un patrimonio all'altro delle conseguenze dell'eventuale « inacetimento » ed « ammuffimento » del vino. La cl. 2 impone di dare il vino che non sappia di aceto e di muffa. La cl. 3 regola l'accertamento di questo ricorrendo ad una *degustatio boni viri* (60) da farsi entro

---

ceat id dabitur./3. In triduo proxumo viri boni arbitratu degustato. Si non ita fecerit, vino pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent./4. Vinum accipito ante K. Ian. primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. Quod admensus erit pro eo resolvito./5. Si emptor postularit, dominus ius iurandum dabit verum fecisse./6. Locus vasis ad K.Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet./7. Cetera lex, quae oleae pendenti.

(56) Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 53.

(57) Il *pretium* sarà quindi *certum*; vd. esattamente U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 398; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., p. 140; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit., in T.62 (1994), p. [illegible] p. 294.

(58) U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 398; P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., p. 354; D. FLACH, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 146.

(59) Cfr. D. FLACH, *Römische Agrargeschichte* cit., pp. 145-146; U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., pp. 396-402; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino* cit., pp. 189-190.

(60) Sulla *degustatio* in relazione al *periculum acoris et mucoris* vd. E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in

[illegible] giorni (61). In caso non sia rispettato il termine previsto per la *degustatio*, questa si ha come effettuata; se però il ritardo è dovuto al *dominus*, l'*emptor* otterrà una dilazione di tanti giorni quanti sono stati quelli del ritardo.

Queste due clausole, disponendo una degustazione fatta *arbitrio boni viri*, soddisfano un comune interesse delle parti distribuendo tra loro un certo pericolo, ed evitando che a riguardo possano sorgere contrasti (62).

I tempi della consegna e del pagamento del prezzo sono regolati dalla cl. 4, che fissa il termine per ricevere il vino travasato nelle urne prima delle successive calende di Gennaio. Se il compratore non rispetta questo termine, il *dominus* può procedere [illegible] alla *admensio*. La misurazione del vino dei vari *cullei* [illegible] anche il termine per adempiere all'obbligo del corrispettivo [illegible] *resolvito*).

Il rapporto tra l'*admetiri* ed il mancato adempimento dell'obbligo di ricevere il vino entro le calende di Gennaio deve essere precisato. In realtà con la cl. 4 si impone all'aggiudicatario [illegible] il vino entro quel termine, pena l'*admensio*. La misu-

---

[illegible] (1937) R.A., pp. 204-213; E. BETTI, *Periculum* cit., pp. 176 sgg.; M. HARDER, *Weinkauf und Weinprobe in römischen Recht*, in *Festschr. Bärmann 70 G.* [illegible] pp. 17 sgg.; B.W. FRIER, *Roman Law and the Wine Trade: the Problem of* [illegible] *sold as Wine'*, in ZSS.100 (1983) R.A., p. 277; F. PETERS, *Periculum est* [illegible] *in Iuris Professio* (1986), pp. 221-232; I. MOLNÁR, *Periculum emptoris im* [illegible] *Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas. Scr. Guarino* 5 (1984), pp. [illegible]; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 377 sgg.; N. OLSZAK, *Emptio* [illegible] cit., in T.58 (1990), pp. 361 sgg.; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., pp. [illegible]; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino* cit., pp. 133-10; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit. in T.62 (1994), p. 296.

(61) SECKEL e LEVY accentuano come la determinazione di un termine così [illegible] meglio l'interesse del creditore di spostare prima possibile nel patrimonio [illegible] il pericolo dell'inacetimento; *Gefahrtragung* cit., p. 213. L'ERNST la [illegible] come una « Wollensbedingung zugunsten des Käufers; möglicherweise be-[illegible] den arb. b.v. »; *Periculum emptoris* cit., in ZSS.99 (1982) R.A., p. 237. [illegible] M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit., pp. 294-296.

(62) Non serve quindi ipotizzare una dichiarazione formale attraverso la quale [illegible] avrebbe garantito la qualità del vino ed a cui si collegherebbe l'*arb.* [illegible] il WOLF (*Error im römischen Vertragsrecht*, Köln (1961), Böh-[illegible]; cfr. le giuste osservazioni di M. HARDER, *Weinkauf und Weinprobe* [illegible] *Festschr. Bärmann* (1975), pp. 24-25.

razione ha quindi per il *dominus* la funzione di sostituire la con-
segna al fine di pretendere il corrispettivo dovuto in base all'ag-
giudicazione d'asta.

L'obbligo al pagamento del prezzo fissato con l'asta sarà,
quindi, effettivamente tutelabile dopo la consegna o dopo l'*ad-
mensio*, considerando comunque possibile in base alla cl. 7 del
formulario, che l'aggiudicatario assuma a questo riguardo una
garanzia formale che lo vincoli in termini di *oportere*.

Infine il venditore fornisce anche dopo l'*admensio*, in base
alla cl. 6, un *locus vinis* fino alle calende dell'ottobre successivo;
dopo questo termine però, se il vino non è portato via dal com-
pratore, il *dominus* ne potrà fare ciò che vuole.

5. *Le clausole reciproche sul* damnum datum *nel formulario sulla vendita del* pabulum hibernum (63).

La *lex venditionis* relativa al *pabulum hibernum* solleva alcu-
ni problemi per la difficoltà di configurarla una vendita invece
che una locazione (64). D'altronde il rapporto tra locazione e
vendita sembra aver rappresentato per la stessa giurisprudenza

(63) C. 149: *Qua lege pabulum hibernum venire oporteat: 1. Qua vendas fi-
nis dicito. pabulum frui accipito ex Kal. Septembribus. prato sicco decedat, ubi pi-
rus florere coeperit: prato inriguo, ubi super inferque vicinus p⟨er⟩mittet (Goetz),
tum decedito, vel diem certam utrique facito. cetero pabulo Kal. Martiis (de)cedito*
(Goetz)./2. *Bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pasce-
recipitur./3. Holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur.*
[vedi testo]./5. [vedi testo]./6. *Donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus
et familia, quae illic erit, pigneri sunto./7. Si quid de iis rebus controversiae erit,
Romae iudicium fiat.* Cfr. P. Thielscher, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., pp.
357-359; U. von Lübtow, *Catos leges* cit., pp. 342-345; D. Flach, *Römische Agrar-
geschichte* cit., pp. 146-148.

(64) Favorevoli all'unità primitiva della struttura che caratterizza vendita e lo-
cazione V.A. Georgescu, *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'* cit., p. 114;
U. von Lübtow, *Catos leges* cit., p. 238; il Kaufmann ritiene che « Catos Formulie-
rung *pabulum venire* nicht von einer 'Konzeption' der Weidepacht als Verkauf der
Futterpflanzen, sondern von der zwischen *venire* und *locari* nicht unterscheidenden
vergabe des Weidelandes herrührt », richiamando l'attenzione sull'indice dell'opera
catoniana dove si parla di « *Lex pabulo locando* » (*Die altrömische Miete* cit., p. 113).
Il Talamanca ipotizza una non « rigorosa individuazione del tipo di contratto impiega-
to », *La tipicità* cit., p. 67; vd. altresì P.W. de Neeve, *Colonus* cit., pp. 50-51.

costituisca talvolta un problema (65), non mancando a riguardo
contrasti tra gli stessi usi dei termini (66). Ritengo però, che al di
là di una differenza linguistica, i due assetti d'interesse definiti
come *locare* e *venire* esprimano in origine, come già notato, un
quid di distinto. Che il disporre dei frutti di una cosa sia confi-
gurabile per la giurisprudenza successiva sia come *locatio* della
cosa fruttifera (67), sia come vendita dei frutti (68), non è ragio-
ne sufficiente per dubitare della tecnicità delle parole usate nei
formulari catoniani, che rappresentano la soluzione cautelare più
antica in base alle fonti in nostro possesso (69).

Certamente il numero dei formulari non permette che delle
congetture, ma questo non impedisce che riemergano elementi
per l'individuazione di una diversa funzione tra il *locare* e il *ve-
nire*. Da questo punto di vista il rapporto nato con l'*auctio* diret-
to al *pabulum hibernum venire* sembra attrarre l'attenzione della
giurisprudenza cautelare non dal punto di vista della fruizione li-
mitata nel tempo del fondo da pascolo, ma da quello della 'de-
cessione definitiva' del *pabulum hibernum* come *fructus* all'ag-
giudicatario, cioè della vendita del « pascolo per il periodo inver-
nale ». La giurisprudenza di questo periodo avrebbe, cioè, confi-
gurato il *pabulum frui* nel suo profilo economico-sociale, di
« frutto stagionale » collegato al godimento (70). Il *pascere* ver-

(65) Vd. Gaio 2 *rer. cott.* (D.19,2,2,1): « *Adeo autem familiaritatem aliquam
habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quae-
ri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio* ».

(66) Soprattutto in relazione agli appalti pubblici: Festus, (Lindsay) p. 516:
« *Venditiones (vend)itiones... dicebantur censorum locationes, quod vel ⟨ut fr⟩uctus
... venibant* »; vd. a riguardo H. Kaufmann, *Die altrömische Miete* cit., p.

(67) Le fonti parlano di « *saltum pascuum locare* » (D.19,2,19,1) e di « *pa-
... conducere* » (D.33,7,12,8).

(68) Labeone conosce la vendita di « *frumenta quae in herbis erant* »
(D.18,1,...) e parla di « *silvam ceduam in quinquennium venire* » (D.18,1,80,2).

(69) In questo senso M. Voigt, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, pp.
...; C. Ferrini, *Sull'origine del contratto di vendita* cit., in *Opere* III, pp.
...; A. Burdese, *Studi sull''ager publicus'*, Torino (1952), Giappichelli, p. 47; L.
..., *Ricerche* cit., p. 37; p. 53.

(70) Il Ferrini ritiene, invece, che la scelta cautelare di regolare questi rap-
porti come vendite sarebbe condizionata dal fatto che l'aggiudicatario non acquiste-
rebbe un pieno uso del fondo e l'esclusiva per la sua coltura; *Sull'origine* cit.,

rebbe in sostanza a perfezionare attraverso la *perceptio* l'acquisto dei frutti (*pratum*).

Un'eco di tale concezione si potrebbe cogliere in D.7,1,32 (Pomp. l. 33 *ad Q.Muc.*), dove, in relazione alla riserva di un *ius pascendi* da parte del *mancipio dans*, si afferma l'ammissibilità di tale *exceptio* se intesa come riserva di usufrutto, « *cum in multis saltibus pastione fructus perciperetur* » (71).

Il fatto che il godimento espresso nel *frui* importasse con la *perceptio* l'acquisto dei frutti sembrerebbe avere inizialmente posto qualche problema per la sua considerazione in termini di *locare*. Nella sostanza, però, le stesse clausole contenute nel formulario regolano gli interessi del *dominus* e dell'aggiudicatario tenendo conto del rapporto continuativo che si instaura tra i due, a causa del *frui* temporaneo esercitato dal secondo sul fondo del primo.

Ed infatti la prima clausola obbliga il *dominus* ad indicare i limiti spaziali del *frui*, e ne regola i limiti temporali. L'aggiudicatario è obbligato a lasciare il prato secco quando il pero comincia a fiorire; il prato irriguo o fino a quando i vicini aprono le paratie per far scorrere l'acqua sul fondo del *dominus* (72), o fino ad un preciso termine; il restante pascolo, infine, entro le calende di Marzo (73).

---

in *Opere* III, pp. 70-71. Forse il sovrapporsi del profilo del godimento a quello del frutto potrebbe essere stato condizionato dalla stessa metamorfosi degli schemi di appartenenza, nei quali con la rottura dell'egemonia del *meum esse*, vengono mano a mano isolate singole facoltà di godimento; vd. a riguardo, con posizioni diverse, G. Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (Lezioni universitarie), Torino (s.d. ma 1944), Giappichelli, pp. 3 sgg.; Id., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino (1958²), Giappichelli, pp. 30 sgg.; Id., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino (1969), Giappichelli, pp. 11 sgg.; M. Bretone, *La nozione romana d'usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli (1962), Jovene, pp. 30 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, II, Milano (1976), Giuffrè, pp. 272 sgg.; Id., *Proprietà (dir. rom.)*, in ED.XXXVII (1988), in particolare pp. 177 sgg.; N. Scapini, *Usufrutto (dir. rom.)*, in ED.XLV (1992), pp. 1092-1093.

(71) Cfr. sul passo, ad es., G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 91 n. 1; p. [illegible]; Id., *Le servitù prediali* cit., pp. 71-72; 93; 124; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto I.* cit., p. 43 n. 71.

(72) Vd. a riguardo D. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 147.

(73) L'uso sinonimico di *pabulum* e *pratum* nel formulario viene di solito portato a sostegno di una originaria indifferenziazione tra il *venire* ed il *locare*; ...

La cl. 2 regola la possibilità per il *dominus fundi* di riservarsi il pascolo per alcuni animali e la cl. 3 gli riserva la raccolta dei [illegible], degli asparagi, della legna, dell'acqua, e dell'esercizio dell'*iter* e dell'*actus* (74).

Ciò spiega, altresì, l'esistenza di due clausole che, assenti nelle altre *leges venditionis*, dispongono:

4. *Si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, b(oni) v(iri) arbitratu resolvat.*
5. *Si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur.*

La *lex venditionis*, prevedendo che il *dominus* possa, pur contemporaneamente all'*emptor*, portare al pascolo un numero limitato d'animali e mantenere alcune facoltà di godimento del fondo, fa sì che animali e uomini sia dell'uno che dell'altro siano in contatto. Questo porta ad elaborare una clausola sui danni che reciprocamente possono essere arrecati alle cose altrui. Lo strumento per regolare questo problema è di nuovo l'*arbitratus boni viri*, che è diretto ad un *resolvere*.

La clausola indica l'àmbito di provenienza del danno attraverso i singoli agenti (*emptor, pastores et pecus emptoris* da una parte e *dominus, familia et pecus domini* dall'altra) non ricorrendo il termine significativo sopra visto di « *opera* » (75).

H. Kaufmann ritiene che la costruzione *pabulum venire* « zeigt einerseits, daß die ... Bauern und Viehzüchter die Weidepacht durch die Weggabe nicht der zu ... Früchte, sondern der zu nutzenden Sache gekennzeichnet sahen. Zum ... bestätigt sie die Auffassung, der zufolge die naive Anschauung der Frühzeit ... Sachverhalt noch nicht als Kauf oder Miete qualifizierte und ihn daher ... mit der noch mit der Mietterminologie gleichbedeutenden Kaufterminologie an... *Die altrömische Miete* cit., p. 312. A ben vedere però quest'uso può condurre a conclusioni esattamente opposte.

(74) Rispetto alla riserva delle servitù rustiche di passaggio nella clausola del formulario catoniano vd. A. Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù* I, Milano (1981), Giuffrè, pp. 97 sgg.; Id., *Servitù (dir. rom.)*, in ED. XLII (1990), pp. 243 sgg., in particolare p. 245.

(75) Su queste clausole vd. U. von Lübtow, *Catos leges* cit., pp. 280-281; ... *Des Marcus Cato Belehrung* cit., p. 358; vd. anche I. Molnár, *Gefahrtragung beim römischen Dienst u. Werkvertrag*, in *Labeo* 21 (1975), p. 43.

L'obbligo reciproco a rifondere in denaro l'entità dei danni arrecati all'altro contraente viene garantito nella cl. 6 attraverso il pegno sul *pecus* dell'*emptor* e sulla *familia* del *dominus*, fino all'assunzione di una garanzia formale o alla disposizione di una delegazione (76).

Queste clausole coprono dal punto di vista degli agenti un'area molto estesa di danni (77). È facile comprendere la ragione di una clausola così ampia, nonostante la tutela del *damnum datum* in via extracontrattuale (*ex lege Aquilia* se causato dal contraente o *de pauperie* se dai suoi animali). Il rapporto che si instaura fra i due soggetti e la intensità di occasioni sollecita a regolare bilateralmente quanto altrimenti costituirebbe un eventuale perfezionamento delle fattispecie predette. Forse, anche in questo caso, la natura dell'attività da cui il danno scaturisce, cioè il *pabulum frui* concordato dalle parti, potrebbe aver portato ad escludere una qualifica di questi danni in termini di *iniuria*. La giurisprudenza cautelare avrebbe fatto, quindi, ricorso ad una soluzione diversa per soddisfare l'aspettativa di entrambi i contraenti all'integrità delle proprie cose, evitando incertezze di qualifica del danno.

L'ultima clausola (cl. 7) dimostra, poi, come a fronte degli 'obblighi' pecuniari imposti dall'*arbitratus boni viri* delle cl. 4 e 5, non garantiti formalmente e quindi non tutelati in termini di *oportere*, si potesse comunque ottenere un *iudicium* in Roma (78).

tra civis e peregrinus

(76) Sull'efficacia del *satisdare* e del *delegare* vd. le considerazioni di A. Bechmann, *Der Kauf* cit., I, p. 534. D'altronde la menzione della *familia*, che non può che essere del *dominus* (cl. 5), impedisce di considerare questa cl. relativa all'obbligo gravante sull'aggiudicatario di pagare il corrispettivo e impone di collegarla esclusivamente alle cl. 4 e 5.

(77) Riguardo al problema del danno dato dai sottoposti vd. le considerazioni di R. Knütel *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 364 e n. 90.

(78) Sull'opportunità di una tale possibilità vd. le considerazioni di U. von Lübtow, *Catos leges* cit., p. 345.

[illegible] *La vendita dei frutti del gregge e problemi che interessano.*

A. *La* mors agni *e la determinazione del corrispettivo della vendita del* fructus ovium (79).

Il formulario contrattuale destinato a vendere il frutto delle pecore ha posto, e pone, una serie di problemi, risolvibili per lo più attraverso un'attenta lettura delle singole clausole, senza che si debba necessariamente giungere ad una loro risistemazione non conforme all'ordine delle parole tramandato dalla tradizione manoscritta e alla scansione normalmente seguita nelle moderne edizioni (80).

Un primo problema è l'entità del corrispettivo dovuto per il *fructus ovium* dall'aggiudicatario. La prima cl. stabilisce che per ogni singola pecora (*in singulas*) si deve dare circa 1.500 gr. di formaggio di cui la metà secco, la metà del latte che è munto nei giorni di festa, ed altresì una ulteriore urna di latte (ca.13 l.).

La concorrenza delle offerte d'asta si giocava anche qui, come per la vendita dell'*olea* e del *vinum pendens*, solo sulla somma di denaro.

Nel contare i singoli capi per i quali viene determinato il cor-

(79) C. 150: *Fructum ovium hac lege venire oportet: 1. In singulas casei P.IS* [illegible] *aridum) lacte feriis quod mulserit dimidium et praeterea lactis urnam* [illegible] *hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum./3. et Kal. Iun.* [illegible] *decedat; si interkalatum erit, K. Mais./4. Agnos XXX ne amplius* [illegible] *oves quae non peperint binae pro singuli in fructu cedent./6 †die† la-* [illegible] *vendat, menses X, ab coactore releget./7. Porcos serarios in oves de-* [illegible] *pascat./8. Conductor duos menses pastorem praebeat./9. Donec domi-* [illegible] *aut solverit, pignori esto.* Cfr. P. Thielscher, *Des Marcus Cato Be-* [illegible] cit., pp. 359-363; U. von Lübtow, *Catos leges* cit., pp. 346-348; D. Flach, [illegible] *Agrargeschichte* cit., pp. 148-153; da ultimi su questo capitolo B. Parsi [illegible] *Caton et le fructus ovium*, in *Labeo* 35 (1989), pp. 346 sgg.; A. d'Ors, [illegible] *catoniano sobre el rebaño de ovejas (Cat., 'agr.' 150)*, in *BIDR*. 91 [illegible], pp. 447 sgg.

(80) Mi riferisco essenzialmente al contributo del d'Ors, che a fronte della [illegible] di una rilettura del formulario, peraltro in molti punti stimolante ed op- [illegible] ad un nuovo ordine delle clausole, dopo averne modificato la stessa [illegible], sollevando alcune perplessità e dubbi; *El contrato catoniano sobre el re-* [illegible] *ovejas* cit., pp. 447-448.

rispettivo in natura sembra assumere importanza la cl. 5, secondo cui le pecore che non partoriranno saranno considerate, rispetto al frutto, due come una (« *binae pro singuli in fructu cedent* »). Quest'ultima cl. tiene conto della delusione della normale aspettativa del frutto della pecora ed altresì permette di comprendere il momento in cui veniva adempiuto l'obbligo di consegnare questi prodotti al *dominus*. Dato, infatti, che solo alla fine del ciclo produttivo del gregge e quindi del suo sfruttamento (che la cl. 1 fissa alle calende di Giugno o se anno *interkalatum* di Maggio) potranno effettivamente individuarsi i capi improduttivi, il corrispettivo era necessariamente accreditato fino allo scadere del rapporto, salvo che per il latte munto nei giorni di festa.

La numerazione iniziale degli animali del gregge, quindi, era fatta per determinare all'incirca l'entità della controprestazione in natura dell'aggiudicatario, che poteva però essere con precisione definita solo alla riconsegna del gregge, una volta individuate le pecore che non avevano partorito (81).

Probabilmente un'altra clausola che si deve collegare al problema regolato dalla cl. 5 è la cl. 2, nella quale si stabilisce che « *hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit in fructum* », cioè che in queste *leges* (contrattuali) ogni agnello è considerato frutto se sopravvive un giorno ed una notte (82). La necessità di far dipendere la natura di *fructus ovium* dell'*agnus* da un criterio temporale diverso dalla nascita è, infatti, sintomo dello sforzo di regolare il pericolo della morte dell'animale, rispetto alla sua incidenza sulla determinazione del corrispettivo dovuto. Così come nella vendita del vino nelle botti, l'« inacetimento » e l'« ammuffimento » sono eventualità che il venditore deve garantire fino alla *degustatio*, qui il *dominus ovium* deve garantire non la nascita come tale, ma la 'vitalità' degli agnelli, concetto che appare fissato dal termine di un giorno e una notte di sopravvivenza.

Di recente si è creduto che questa clausola, così come la cl. 1 stabilisse un criterio relativo al corrispettivo in natura, imponendo

(81) Vd. A. d'Ors, *El contrato catoniano* cit., p. 451.

(82) Questa cl. è stata considerata, ingiustificatamente, come posta in sé successiva nel formulario; W. Richter, *Gegenständliches Denken* cit., p. 146.

di considerare l'agnello sopravvissuto un giorno e una notte come un animale suscettibile di fornire un'unità a cui si ricollega il prezzo stabilito nella cl. 1 (83).

In realtà questa interpretazione non tiene conto delle modalità della vendita dei frutti delle pecore. Si è visto, infatti, come il corrispettivo in natura è determinato in base ai capi dati all'inizio del rapporto, con il correttivo della cl. 5. Perciò non ha alcuna importanza a questo riguardo se l'agnello sia o meno sopravvissuto per 24 ore dopo la nascita, in quanto il prezzo accreditato è comunque legato alla numerazione iniziale.

La clausola non rileva nemmeno rispetto all'obbligo della riconsegna del gregge e della prassi, su cui si parlerà fra poco, della numerazione di pecore morte o perdute con gli agnelli, giacché il dominus non avrebbe certo considerato l'agnello morto dopo un giorno e una notte una unità ai fini della rinumerazione finale.

Si condivide, invece, l'interpretazione che considera la cl. 2 come complementare alla cl. 5, nel senso che essa va letta in relazione alla equivalenza di 2 pecore infeconde = 1 pecora feconda rispetto al prezzo stabilito nella cl. 1 (84). Solo quando l'agnello sia sopravvissuto un giorno ed una notte potrà considerarsi frutto e di conseguenza la pecora feconda.

In questo modo, da un lato si impedisce che il *dominus* sopporti il pericolo della *mors agni* oltre le 24 ore dalla nascita, e dall'altro lato si esclude che in caso di morte alla nascita l'aggiudicatario sopporti, oltre il danno subìto per l'impossibilità futura di vendere l'agnello, anche quello di corrispondere al *dominus* il corrispettivo in natura imposto *pro* pecora, anche se di fatto essa si sia dimostrata infruttuosa.

Da questo punto di vista la cl. 2 dimostra di distribuire tra le parti il pericolo della *mors agni*, separando il problema della 'vita' dell'agnello da quello della sua semplice nascita.

6. La promissio *della cl. 4 e la sua efficacia.*

Nella prospettiva di chi acquista i frutti delle pecore hanno grande importanza, oltre al latte e al formaggio prodotti, la lana

(83) H. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 148.

(84) A. d'Ors, *El contrato catoniano* cit., p. 452.

e gli agnelli. Se da un lato l'aggiudicatario acquisterà tutto il lat-
te ed il formaggio residuo oltre le quantità dovute al *domi[nus]*
per ogni pecora, d'altro lato potrà trarre profitto proprio dalla
vendita degli agnelli e della lana.

A riguardo la cl. 6 riconosce all'acquirente il potere di ven-
dere lana e agnelli per dieci mesi, per tutto il tempo, cioè, duran-
te il quale pascola il gregge (85). A questo fine egli ricorre ad un
coactor attraverso il quale raccoglierà poi le somme delle vendite,
con le quali farà fronte al pagamento del prezzo offerto
nell'asta (86).

Proprio in relazione al potere di vendere gli agnelli deve in-
tendersi la seguente cl. 4. « *Agnos XXX ne amplius promittat* ».
Su di essa non c'è accordo tra gli autori che se ne sono occupati
sia per quanto riguarda le parti della *promissio*, sia per il suo
preciso contenuto. Se l'ipotesi che individua nel *dominus* il pro-
mittente e nell'aggiudicatario lo stipulante è sicuramente un'in-
comprensione dell'interprete (87), le altre letture devono essere
invece vagliate più attentamente.

Per alcuni autori la stipulazione mirava a garantire al *domi-
nus* trenta agnelli, al fine di reintegrare il gregge con nuovi ani-
mali (88). Ed in questo senso l'*obligatio verbis* non avrebbe ne-

---

(85) Sul « *die* » sono state avanzate diverse congetture; c'è chi propone un'integrazione ⟨*Ex quo*⟩ *die* che avvalorerebbe una sua traduzione come termine iniziale (TH. MOMMSEN, in BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui* cit. II, p. 51 n. 3); chi lo sposta alla fine della cl. precedente (A. D'ORS, *El contrato catoniano* cit., p. 447); chi lo intende come termine finale (D. FLACH, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 148).

(86) A riguardo si è proposta una lettura del *releget* in *deleget*, ipotizzando quindi una delegazione di pagamento diretta al *coactor* da parte dell'aggiudicatario in favore del *dominus*; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 54 n. 70; A. D'ORS, *El contrato catoniano* cit., p. 456. Per la conservazione di *relego* vd. G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion* cit., p. 46; B. PARSI MAGDELAIN, *Caton et le 'fructus...'* cit., pp. 347-348.

(87) HOOPER-ASH, *Marcus Porcius Cato, On Agriculture*, Loeb ed., 1979, p. 135.

(88) U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 347; P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., p. 360, il quale ritiene di poter contare, su un gregge di 100 capi (vd. Cato, *de agri cult.* X,1), un acquisto di circa 90 agnelli (ca. 10% di pecore improduttive), di cui trenta rimangono al *dominus* e sessanta all'aggiudicatario. Questa

[necess]ariamente regolato una ulteriore *accessio* del prezzo dovuto
[oltre] a quello offerto con l'asta e a quello previsto nella cl.
[...] (89), in quanto i trenta agnelli potevano non aggiungersi, ma
[...] sostituire pecore adulte. Ed infatti per altri autori, la neces-
[sità] di garantire con una *stipulatio* 30 agnelli fa riferimento al
[pro]blema della riconsegna degli animali al venditore. Secondo
[quest]a interpretazione il *dominus* vuole limitare la prassi agraria
[di] sostituire pecore adulte con agnelli, imponendo così all'aggiu-
[dic]atario una garanzia formale, affinché non sostituisca con più
[di] trenta agnelli le pecore perse o morte durante i dieci mesi (90).

A parte, infine, si situa l'ipotesi secondo cui la promessa di
[trenta] agnelli era fatta dall'aggiudicatario al *coactor* e non al *do-
minus* (91).

Indubbiamente è difficile pensare che una clausola del for-
[mul]ario di vendita dei frutti delle pecore del *dominus* non miras-
[se], così come abbiamo riscontrato nei precedenti formulari, a re-
[go]lare un suo interesse. Da questo punto di vista si devono rite-
[ner]e giuste le ipotesi che cercano in questo àmbito la ragione del-
[la] garanzia formale. Certamente, oltre la riconsegna di un gregge
[numer]icamente uguale, che impone di sostituire i capi morti con
[nuovi] nati (vd. per la prassi della *summissio* in materia di usu-
[frutto] del gregge: Ulp.l.17 *ad Sab.* D.7,1,68,2; D.7,1,70 pr.-1;
[...] *ad Sab.* D.7,1,69; J.II,1,38 (92)), uno degli interessi
[fond]amentali del *dominus* è che questo abbia un giusto ricambio
[gene]razionale, che però non ne diminuisca il valore patrimoniale
[imm]ettendo un eccessivo numero di capi adulti.

L'aggiudicatario per questa ragione doveva essere normal-
[mente] tenuto a sostituire con un certo numero di nuovi capi non
[solo] le pecore morte, ma altresì quelle divenute ormai inutili. Si
[può] peraltro immaginare che questo interesse 'proprietario', col-

---

[...] non tiene conto, però, della frequenza annuale della nascita degli agnelli (2 [...]) e della possibilità, frequente, di parti gemellari.

(89) Così, invece, M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 54.

(90) A. D'ORS, *El contrato catoniano* cit., p. 453.

(91) D. FLACH, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 149-150.

(92) Cfr. G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 237 sgg.; N. SCAPINI, *Usufrutto* [...] ED XLV (1992), p. 1091.

legato ad animali in proprietà dell'acquirente una volta *in fructum* (cfr. per questa concezione Pomp.l.5 *ad Sab.*, D.7,1,69) portasse a tutelare l'obbligo gravante sull'aggiudicatario in termini di *dare oportere*, attraverso la previsione di una *promissio* formale (93). L'elaborazione della clausola del formulario d'asta, con cui si faceva obbligo a questo di « promettere non più di trenta agnelli », andrebbe collocata in questo contesto (94). Con essa si viene, cioè, a tutelare l'aspettativa del venditore ad un ricambio generazionale del gregge che non ne diminuisca però il valore complessivo, con la previsione di un limite massimo alla sostituzione delle pecore adulte con animali giovani (non più del 30%). Si tratta quindi di regolare un interesse del proprietario del gregge, non tanto disponendo un limite della *promissio* tra aggiudicatario e *coactor* (95), quanto imponendo la quantità massima di agnelli che si possono dare in sostituzione di pecore adulte (96).

In sostanza, il compratore dei frutti del gregge è obbligato a riconsegnare alla fine del rapporto un gregge composto, sì di un uguale numero di animali, ma ringiovanito di non più di trenta agnelli.

---

(93) Sul contenuto della stipulazione nel senso di *dare* vd. le considerazioni di B. Parsi Magdelain, *Caton et le 'fructus ovium'* cit., p. 347. A riguardo, potrebbe aver svolto un ruolo importante proprio la condizione giuridica dei nati prima della *summissio*; cfr. per questo problema G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., pp. 240-244; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 138 sgg.

(94) Il numero di trenta deve essere considerato come una indicazione quantitativa condizionata da un gregge-modello che per Catone è di ca. 100 capi (*de a.c.* 10,1); cfr. H. Gummerus, *Der römische Gutsbetrieb* cit., p. 31.

(95) Come vorrebbe D. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 150. Su cosa esattamente qui si debba intendere per *coactor* cfr. M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., p. 111; J. Andreau, *La vie financière dans le monde romain*, Rome (1987), Éc. Franç. de Rome, 147 sgg.

(96) Sull'obbligo di restituzione dello stesso numero di animali adulti consegnati in locazione un papiro egiziano sembra imporre la finzione della loro immortalità, senza però precisare in concreto, in caso di morte della pecora, se essa possa essere sostituita con uno degli agnelli nati durante la conduzione del gregge; *Loc. cond. gregis* (a. 306) FIRA III[2] n. 149 (pp. 462-466): ll. 25/26: καὶ μετὰ τὸν χρόνον παραδώσω τούς τε αἶγας καὶ πρόβατα || 'ἀθάνατα' τέλει[α] εὐάρεστα πάντα καθὼς κἀγὼ παρέλαβον (trad. lat.: *tempore autem praeterito omnes capras et pecora 'quasi immortalia' adulta proba restituam ita ut iam recepi*).

Alla fine del formulario si prevede (cl. 8) l'obbligo per l'aggiudicatario (chiamato in questo caso *conductor* (97)) di preporre il *pastor* per due mesi oltre il termine fissato nella cl. 3 al fine di assicurare al *dominus* una copertura annuale nel pascolo del gregge (98). Nella cl. 9, infine, si prevede un pegno probabilmente proprio sul *pastor* fino al pagamento oppure all'assunzione di una garanzia formale (99).

7. *Il danno, gli 'obblighi' dei contraenti ed il loro inadempimento nei formulari catoniani di locazione e vendita: considerazioni conclusive.*

A. *L'inadempimento degli obblighi calati in* stipulationes, *e quindi tutelati in termini di* oportere.

I formulari contrattuali esaminati, elencando i vari obblighi dell'aggiudicatario e del *dominus fundi*, regolano in modo differenziato l'inadempimento in base al loro particolare oggetto.

Ciò deve essere collegato alla prospettiva propria della giurisprudenza cautelare che segue vie diverse per garantire alle parti le loro aspettative, con soluzioni che possano soddisfarle reciprocamente, in modo tale da regolare un uguale aspetto del rapporto con la previsione di clausole diverse, le quali finiscono col sovrapporsi (100).

---

(97) Si è a riguardo ipotizzato un « inserimento in una *lex venditionis* di una clausola presa da un'altra *proscriptio* diversamente orientata »; M. Talamanca, *La tipicità* cit., p. 67 n. 119.

(98) Cfr. U. von Lübtow, *Cato leges* cit., p. 347; P. Thielscher, *Des Marcus Cato Belehrung* cit., p. 360.

(99) Cfr. D. Flach, *Römische Agrargeschichte* cit., p. 149; dubbioso M. Talamanca, *La tipicità* cit., p. 54 n. 67.

(100) In questo senso l'affermazione del Bekker, che rispetto a molte cl. dei formulari, ed in particolare 144,5; 146,5; 144,6; 145,9; 144,8 e 145,6 sembrerebbe riscontrare una « alterthümliche Schwerfälligkeit, die auf wenig entwickelte Rechtszustände hinweist. In auffälliger Weise wird vieles ausdrücklich bestimmt, wovon man meinen möchte daß es von selber sich habe verstehen müssen, (*Über die leges locationis* cit., p. 436) non tiene conto del fatto che un tale modo di precisare condotte e conseguenze sanzionatorie è proprio di una attività cautelare e che le clausole dei formulari catoniani non possono valutarsi in una prospettiva unitaria.

In questo quadro i formulari ricorrono all'assunzione di *obligationes verbis contractae* attraverso la *stipulatio*, non per ciò, come qualcuno ha affermato, che « esorbitava da quanto (soprattutto in quei tempi) costituiva oggetto del contratto » (101), ma per garantire formalmente al venditore l'adempimento della obbligazione di *dare* un *certum*: a) il pagamento del corrispettivo fissato in *pecunia* e in prodotto per l'acquisto dell'*olea pendens*, del *vinum pendens* e del *vinum in doliis*; b) la consegna di [illegible] agnelli al fine di dare un ricambio generazionale al gregge nella vendita del *fructus ovium*.

Le notizie dei formulari catoniani sono coerenti a quanto conosciamo della più antica tutela *inter cives* di queste *obligationes*, che risale probabilmente già alla *legis actio sacramenti in personam*, e con sicurezza, rispettivamente, all'*actio per iudicis arbitrive postulationem* introdotta dalla legge delle XII tavole per il *certam pecuniam dare oportere* sorto da un *contractus verbis* (« [illegible]

Tale complessità e il rapporto tra di esse non si esaurisce necessariamente su un piano temporale come invece vorrebbe il VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., p. 258. D'altrocanto come forme di tutela extragiudiziale si sovrappongono a forme d'autotutela, così problemi di tutela giudiziale potevano sorgere anche in relazione al pagamento delle sanzioni pecuniarie dell'inadempimento determinate con l'*arb. boni viri*. Così nel formulario del cap. 149 sulla vendita del *pabulum hibernum* la somma dovuta in caso di danno arrecato alle cose dell'altro contraente, determinata con l'*arbitratus boni viri* (cl. 4-5), è ulteriormente garantita dal *pignus* sul bestiame o sulla *familia* fino alla *solutio* o all'assunzione di una garanzia formale (*satisfacere*; cl. 8), ciononostante il formulario stesso prevede la possibilità che, in caso dovessero sorgere controversie *de iis rebus*, il *iudicium* dovesse farsi a Roma (cl. 7). È chiaro che una clausola di questo genere ha un senso solo se si ammette una tutela giurisdizionale in Roma, probabilmente attraverso *iudicia quae imperio continentur*, i quali avrebbero permesso di dare una qualche rilevanza agli obblighi imposti dai formulari dell'asta, seppure non garantiti formalmente, e per i quali le forme di autotutela e di tutela extragiudiziale si fossero dimostrate insufficienti. In sostanza il [illegible] imposto all'autore del danno, se inadempiuto, avrebbe potuto, in tal modo, [illegible] mare il danneggiato ad esperire una azione. A riguardo ritengo che, sebbene [illegible] di ipotesi, sia difficile pensare già ad un *iudicium bonae fidei*, che imporrebbe di considerare anche questi 'obblighi' tutelati come *oportere*. Per il tentativo di collegare direttamente l'*arb. b.v.* catoniano agli *iudicia bonae fidei* vd. U. VON LÜBTOW, *Catos leges* cit., pp. 406 sgg.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 218 sgg. Sull'origine di questi ultimi vd. ora L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Att. Sem. Probl. Contr.* I (1988), pp. 81 sgg., in particolare p. 87.

(101) C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita* cit., p. 63.

[illegible] *te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio* »; Gai. [illegible] e alle *condictiones* per debiti di *certa credita pecunia* e [illegible] comunque sorti (102), introdotte dalle *leges Silia* e *Calpurnia* tra il IV e III sec. a.C.

[illegible] per il *pecuniam dare* non sembra emergere alcuna separazione concettuale tra l'inadempimento e la soggezione del debitore all'azione del creditore, per il *rem dare* i *veteres* (D.45,3,91,3), come la romanistica ha da tempo riconosciuto, riconobbero il 'risultato' del debitore attraverso la persistenza dell'*oportere* pri[illegible], ciò che le fonti esprimono con il *perpetuari obligationem*, qualvolta l'inadempimento, condizionato dal perimento del[illegible], fosse comunque da collegare ad una condotta commissiva del debitore (« *si per eum steterit quominus daretur* ») (103).

8. *Alcuni 'obblighi' non formalizzati: il* reddere *ed il* damnum non dare.

Numerosi altri 'obblighi' imposti nel formulario all'aggiudicatario non sono garantiti formalmente.

Fra questi sono significativi quello di « restituire » le cose

---

(102) A questo riguardo il CANNATA parla di una « *iudicis postulatio* astrat[illegible] *contratti e quasi-delitti (storia)*, in ED.XXXVIII (1987), p. 26.

(103) Vd. ad es. A. PERNICE, *Labeo* cit., B, pp. 269 sgg.; O. GRADENWITZ, [illegible] *culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in ZSS.34 (1913) R.A., [illegible]; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 9-28; M. SAR[illegible] *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., in SDHI.20 (1954), pp. [illegible]; TH. MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis: D.45,1,91*, in *Iura* 7 (1956), [illegible]; C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debi[illegible] obbligazioni da stipulatio in dando*, in SDHI.32 (1966), pp. 87 sgg. [= [illegible] *della responsabilità per colpa* cit., pp. 90 sgg.]; ID., *Mora (dir. rom.)*, [illegible] XXVI (1976), pp. 921 sgg.; ID., *Perpetuatio obligationis*, in *Sem. Complut.* [illegible] 4 (1992), pp. 49 sgg.; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., in [illegible] in *Iura* 43 (1992); 44 (1993), cap. III, § 12 iii); G. MACCORMACK, [illegible] *and culpa debitoris*, in T. 41 (1973), pp. 59 sgg.; H.H. JAKOBS, [illegible] *und Nichterfüllung* cit., pp. 178 sgg.; ID., *Culpa und interpellatio bei* [illegible] *debitoris nach klassischem Recht*, in T.42 (1974), pp. 23 sgg.; A. TOR[illegible] *promissoris*, in *Hom. Suárez* III, pp. 493 sgg.; M. BIANCHI FOSSATI [illegible] *Perpetuatio obligationis*, Padova (1979), Cedam; M. KASER, *Perpetuari* [illegible], in SDHI.46 (1980), pp. 87 sgg.; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa* [illegible] 56 (1990), pp. 44-45.; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Pa[illegible] (1990), Schöning, pp. 103 sgg.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* [illegible] sgg.

che il *dominus* ha prestato all'aggiudicatario per svolgere le atti-vità negoziali e quello di « non danneggiare » le cose dell'altro contraente.

La previsione cautelare di questi obblighi riconosce, a differenza delle clausole che prevedono delle vere e proprie forme di autotutela (104), forme di tutela mediata da un *arbitratus boni viri*, attraverso cui si deve determinare, nell'eventualità questi obblighi vengano inadempiuti, la quantità di denaro da dedurre dalla mercede in caso di locazione o da corrispondere in caso di vendita (105).

A riguardo abbiamo una serie di espressioni che rimandano alla condotta del debitore inadempiente, e che provano come la mancata restituzione o il danno come tali non facciano scattare automaticamente il meccanismo segnalato, ma si debba preliminarmente accertare specifiche modalità della condotta del debitore (106). In relazione all'obbligo dell'aggiudicatario di restituire sani gli oggetti consegnatigli dal *dominus*, si costruisce l'ambito di rilevanza della condotta dell'aggiudicatario rispetto all'inadempimento sul *frangere* richiamato dal *fractum esse*. Così in relazione all'obbligo reciproco di non arrecare danno, si descrive la condotta rilevante come un *damnum dare*.

Si deve qui ribadire che queste locuzioni vanno interpretate coerentemente ai significati che tali verbi assumono nelle modalità d'uso di questo periodo.

---

(104) Tanto che il BEKKER ha ritenuto di poter limitare a questo « Retentionsrecht » i mezzi di tutela del *dominus* contro l'aggiudicatario; *Über die locationis* cit., pp. 442 sgg.; vd. sulla posizione di questo A. la critica di U. von Lübtow, *Catos leges* cit., pp. 374-376.

(105) Il BECHMANN ritiene di riconoscere in queste deduzioni « die Anfänge derjenigen Entwicklung, welche die aus derselben Quelle entstandenen Forderungen in ein Verhältniss gegenseitiger Funktion zu einander versetzt — eine Entwicklung die allmälich zur *exceptio non adimpleti contractus* u.s.w. führt », *Der Kauf* cit., p. 539. Cfr. gli sviluppi di questa ipotesi in U. von LÜBTOW, *Catos leges* cit., pp. sgg. Per una recente ipotesi sullo sviluppo storico che queste diverse forme sottendono vd. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., pp. 60-62.

(106) Il von LÜBTOW considera queste clausole come un primo esempio dell'applicazione di un giudizio sull'inadempimento simile a quello descritto in D.19,2,19,2 dove seppure si parli di « *culpa coloni* » questo richiamo andrebbe inteso come « objektives Haftungskriterium »; *Catos leges* cit., p. 281.

Gli usi più antichi di *frangere*, nelle XII *tab*. (*8.3*:« *manu fustive si os fregit...* ») e in Plauto, vengono a cogliere « costantemente il profilo dell'azione fisica diretta, del materiale contatto dell'agente con la cosa rotta » (107).

Rispetto alla produzione di un danno, la prima testimonianza in nostro possesso, risalente alle XII *tab*., non sembra far emergere alcun dato significativo ai fini della condotta (108). Nelle commedie plautine si incontrano, invece, le costruzioni, oltre che di « *damnum esse* », nel significato di spettanza dell'evenienza negativa (109), di « *damnum facere* » (110) e « *damnum dare* » (111), che individuano nel soggetto della costruzione sintattica l'agente. Nella letteratura di poco successiva non emergono nuovi elementi che modifichino queste modalità d'uso (112).

---

(107) S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 48.

(108) *Tab*. 12,3: « *fructus duplione damnum decidito* », in cui il *damnum decidere* non si collega al profilo causativo, ma a quello della determinazione della sanzione; cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dict. étym. de la langue latine*, Paris, s.v. *cedo* (composti di), p. 110; e fra i romanisti R. LEONHARD, *Damnum*, PWRE IV (1901), coll. 2062-2067; D. DAUBE, *On the use of term damnum*, in *Studi Solazzi* (1948), pp. 96-98; D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, in ZSS (1968) R.A., pp. 173 sgg.; sul *damnum decidere* vd. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, pp. 127-144 e da ultimo R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica. Manus iniectio e 'duplione damnum decidere'*, Napoli (1990), Esi, pp. 7-53. Ha la stessa estraneità al problema qui trattato nel *Carmen populare* che è riportato nel *de a.c.* catoniano (c. 160): *huat haut haut istasis tarsis 'ardannabou* nella lettura che viene solitamente proposta « *damnabo damna vostra* ».

(109) La seguente rassegna è già frutto di una sintesi dell'ampia documentazione fondata sulle schede originali del *Th.L.L.*: *Asinaria*, 571; *Aulularia*, 535; *Captivi*, 321; *Curculio*, 49; *Menaechmi*, 133; *Poenulus*, 465; 749; *Trinummus*, 186; nella maggior parte dei casi insieme a *malum*.

(110) Cfr. *Asinaria*, 182 « *quid damni faciat* »; *Bacchides*, 1032 « *tantum* ... »; *Captivi*, 327 « *est etiam ubi profecto damnum praestet facere quam* ... »; *Mercator*, 237 « *ait sese illius opera atque adventu caprae flagitium et damnum fecisse haud mediocriter* »; 421 « *si quid faciendumst facere damni mavolo* »; « *si quid damni facis aut flagiti* »; *Pseudolus*, 440 « *nam tu quod damni et* ... ».

(111) *Truculentus*, 228; *Cistellaria*, 106 (*et damnum dabis*).

(112) In Terenzio si incontra una sola volta *damnum dare* (*Andria*, 143: ... *et malum dare*). Nell'*Heautontimoroumenos* ricorre *damnum* in relazione ... (*domina ego, erus damno auctus est*). Lucilio nelle *Saturae* si esprime ... *ne damnum faciam* (Marx, 1346). In Catone, oltre alle costruzioni sintattiche delle clausole esaminate, si incontra: *damni nihil erit ex tempestate* (*de agri-*

Nel linguaggio giuridico oltre al *damnum decidere* sopra ri-cordato, e il *noxiam sarcire*, come sanzione di alcuni delitti [illegible] lati nelle XII. *tab.* (113), la più antica formulazione è quella del III capitolo della *lex Aquilia*: « *si quis alteri damnum* [illegible] *xit* » (114). Che il *damnum facere* sia stato precisato nel testo le-gislativo attraverso l'*urere*, il *frangere* e il *rumpere* non ha impe-dito che proprio questa prima formulazione abbia giocato un ruolo fondamentale nell'interpretazione successiva (115).

Le clausole usano, quindi, formule espressive simili a quelle della legge Aquilia. Questa somiglianza nell'uso delle parole non è casuale e attesta probabilmente l'originaria prospettiva con cui si guardava a questi problemi, cioè essenzialmente con l'ottica del *dominus* che vuole garantirsi rispetto ai danni alle proprie co-se arrecati *corpore* da terzi (116). Questa esigenza comincia ad essere vista da una particolare visuale quando il danno causato *corpore* dal *non dominus* scaturisce da un'attività da questo [illegible] vuta in base ad un accordo con il proprietario stesso, secondo cui il primo dispone, usa le cose del secondo o semplicemente svolge una qualche attività nella loro prossimità.

(113) Sul significato tecnico di '*noxa*' = '*damnum*' vd. Fest. *De verb.* [illegible] (Lindsay) 181. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*² cit., I, p. 162 n. 66.

(114) Per una ricostruzione del testo legislativo vedi ora G. VALDITARA, [illegible] *peramento dell'*aestimatio rei *nella valutazione del danno aquiliano ed* [illegible] *della tutela ai* non domini, Milano (1992), Giuffrè, pp. 1-14: C.A. CANNATA, [illegible] *sto originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in [illegible] (1992), pp. 194 sgg.

(115) Cfr., ad es., SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., p. 47.

(116) Difficile comprendere, invece, quanto siano state condizionate le [illegible] mulazioni cautelari dalle forme di tutela giurisdizionale concesse dal pretore. A [illegible] guardo forse, la stessa tutela aquiliana, fonte di un *iudicium legitimum* fra i [illegible] potrebbe aver rappresentato un modello-guida a cui il magistrato nell'esercizio [illegible] suo *imperium* poteva adattare le direttive imposte al *iudex* per la decisione della [illegible] troversia a fronte di situazioni non azionabili *per certa verba*, ma per le quali [illegible] minciava a sentirsi l'esigenza di un riconoscimento da parte dell'ordinamento [illegible] co. Sui modi in cui inizialmente il pretore (probabilmente proprio quello [illegible] si sarebbe mosso nel concedere azioni rispetto a situazioni non tutelabili nel [illegible] *le* esistente, o per le quali quest'ultimo era inefficace, fondamentale F. SERRAO, [illegible] *'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano (1954), Giuffrè, pp. 48-51; nello [illegible] senso ora M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, in ED.XXXVI (198[illegible]), [illegible] 25-34.

A questo riguardo molto significative sono la cl. 6 del cap. 144 e la cl. 8 del cap. 145, nelle quali la condotta (*damnum da-* [illegible]) [illegible] collegata all'attività appaltata (*opera redemptoris*), con [illegible] di restringere l'àmbito dei danni rilevanti.

[illegible] delle *res* danneggiate e immissione concordata di [illegible] nelle proprie cose sembrano guidare l'attività cautelare [illegible] l'elaborazione di clausole idonee a regolare le nuove esigen-[illegible], sì da separare l'àmbito dei danni *iniuria dati* ad altri, [illegible] arrecati nello svolgimento di un'attività a cui ci si è ob-[illegible] volontariamente.

Per l'inadempimento di questi obblighi, l'*arbitratus boni viri* [illegible] a svolgere la funzione di strumento idoneo a quantificare le [illegible] di questo, rispetto a situazioni che si vogliono ga-[illegible], ma che non sono stimabili pecuniariamente fino al loro [illegible].

[illegible] obblighi di *reddere* e di *damnum non dare*, in sostanza, [illegible] inadempiuti con le modalità sopra viste, vengono a tra-[illegible] in obblighi di denaro, attraverso l'*aestimatio* fatta con [illegible] *boni viri* (*deducere, solvere, resolvere*).

Perché riguardo a questi 'obblighi' si è scelta la valutazione [illegible] *vir* e non una garanzia formale?

A mio avviso ciò è dovuto proprio al particolare oggetto di [illegible] obblighi: mentre la previsione di *stipulationes* e *satisdatio-* [illegible] nei formulari catoniani è collegata sempre ad 'obblighi' aven-[illegible] oggetto *pecunia* o *res certae*, e quindi suscettibili anche nel-[illegible] più antica di essere tutelati come *oportere*, nelle clausole [illegible] si dispone l'*arbitratus boni viri* si regolano 'obblighi' che si [illegible] ad una tale possibilità. Le conseguenze dell'inadem-[illegible], infatti, potranno essere accertate solo una volta che tali [illegible] vengano effettivamente tradite.

In sostanza, si è di fronte ad un tentativo per certi versi ana-[illegible] a quello attraverso cui prestazioni diverse dal *pecuniam dare* [illegible] fatte oggetto di *obligationes verbis contractae* ricorrendo [illegible] di una *poena* pecuniaria determinata in caso di lo-[illegible] inadempimento (117). La scelta di ricorrere ad un *arbi-*

(117) Vd. R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., pp. 45 sgg.

tratus boni viri, però, sarebbe condizionata dal fatto che in questa ipotesi non sarebbe stato conforme agli interessi sia del *dominus fundi* che dell'aggiudicatario prevedere fin dall'inizio una *poena* pecuniaria determinata come conseguenza dell'inadempimento di questi 'obblighi', sì da impedire la loro attrazione nell'*oportere*.

In sostanza, quella dell'*arbitratus boni viri* si sarebbe dimostrata la soluzione più adatta alle ipotesi segnalate, perché relative a conseguenze dell'inadempimento di incerta determinazione pecuniaria al momento della nascita del vincolo, tenendo conto, poi, che forse per Catone stesso o per Catone Liciniano la *stipulatio poenae* permetteva, in altri casi, di garantire il creditore rispetto a condotte debitorie che, al di là delle conseguenze che possono produrre, si vogliono compiute in un certo modo (D.45,1,4,1; Paul.12 ad Sab.: « *Cato l.quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit...* ») (118).

C. *La distribuzione dei danni 'inimputabili' e i due criteri che emergono dai formulari catoniani: il* dominium *e l'*emere.

a) « *Damnum domini* ».

I danni alle *res* che non si considerino *dati* dall'aggiudicatario, o dal *dominus fundi*, dai loro lavoranti o dalla loro *familia* e le cose che non si dimostrino *fractae*, restano a carico del patrimonio del proprietario. Questo modo di porre a carico del proprietario il danno 'inimputabile', secondo criteri di valutazione della condotta in termini di causalità materiale e diretta, è testimoniato riguardo ipotesi di disponibilità ed uso da parte dell'aggiudicatario di cose di altri.

La centralità del *dominium*, in questo, rispecchia pienamente una concezione legata alla conservazione e alla difesa delle cose che si hanno, concezione che in questo caso si fa esplicita nelle soluzioni date in materia dalla giurisprudenza cautelare.

(118) Per Catone il Censore è A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., pp. 5-6; per Catone Liciniano invece F. MILTNER, *M. Porcius Cato Licinianus* (11), in PWRE.XXII.1 (1953), col. 168; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., p. 62 n. 39.

b) « *Damnum emptoris* ».

Rispetto ai danni inimputabili che possono incidere sulla cosa venduta, invece, i formulari contengono delle clausole che regolano la loro distribuzione in modo diverso, dimostrando come l'interesse a conseguire beni, interesse riflesso nei negozi di scambio e potenzialmente nelle sue possibili soddisfazioni proprio con la compravendita consensuale, venisse già a rappresentare nelle vendite dei formulari dell'opera di Catone (qualificate non in termini di *venum dare* come per la *mancipio dans* in base a *Tab.*4.2, nè ancora come *vendere*, bensì come *venire*), un esempio di deroga alla regola del *damnum domini*, al fine di porre il danno a carico del compratore anche in momenti anteriori alla reale acquisizione del possesso e del *dominium* sulla cosa. E ciò forse proprio perché quello del trasferimento del *dominium* non è, fin dal suo primo apparire, un effetto connaturato alla struttura tipica del contratto consensuale di compravendita (119).

Nei casi in cui quando la cosa comprata debba ancora separarsi dalla cosa madre, si distingue a seconda dei casi: per la vendita dell'olio e del vino ancora pendenti, i formulari non contengono clausole dirette a proporzionare l'entità del corrispettivo, sia in denaro sia in natura, all'effettiva quantità di olio o di vino prodotte, ponendo a carico dell'acquirente aggiudicatario che controlla il processo produttivo i pericoli di una grande differenza tra prezzo stabilito in base alla aspettativa formatasi sul frutto pendente e quantità di olio e di vino realmente prodotti (120).

Nel caso degli agnelli nella vendita del *fructus ovium*, il formulario predispone clausole che proporzionano l'entità del corri-

(119) Vd. sul punto ora G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica (Atti Pisa 1990)*, Milano (1991), Giuffrè, I, p. 43; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in ED.XLVI (1993), pp. 378 sgg.; diversa spiegazione viene fornita dal C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato della sua struttura*, in *Vendita e trasferimento* cit., II, p. 426 e pp. 427 sgg.

(120) Da questo punto di vista è più esatto configurare queste vendite come *emptiones* più che *rei speratae*. Infatti, a differenza del *fructum ovium venire*, dove il prezzo in natura viene proporzionato in parte alla fecondità della pecora, nel caso dell'*olea pendens* e del *vinum pendens* l'aggiudicatario è comunque tenuto a pagare la somma di denaro offerta all'asta più la quantità di prodotto predeterminata al § 3 del formulario del cap. 146; cfr. in questo senso M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., p. 109 n. 2; *contra* V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[1] cit., I, p. 75 e n. 1.

spettivo dovuto in relazione alla fecondità delle pecore, distinguen-do il pericolo della morte alla nascita dell'*agnus* in pericolo della 'vitalità', spettante al *dominus ovium* (criterio del *dies et nox*), che non potrà pretendere l'intero corrispettivo stabilito per ogni sin-gola pecora, e pericolo della morte successiva, che non libera l'aggiu-dicatario dal pagamento dell'intero corrispettivo.

Se la cosa venduta, invece, è già stata prodotta, come per il vino in botte, la giurisprudenza cautelare non prende come mo-mento rilevante, per decidere quando l'eventuale « inacetimen-to » e « ammuffimento » del vino ricada sul compratore, quello dell'impossessamento del vino stesso (*traditio = admensio*), mo-mento che segnerebbe per le *res nec mancipi* il confine giuridico tra la sfera del *meum* e del *tuum esse*, ma al contrario quello della *degustatio* che precedeva la stessa *admensio*.

Vengono quindi proposte soluzioni diverse legate alla partico-lare natura della *res* venduta e alle modalità dell'acquisto, senza che a riguardo l'effettivo passaggio dell'*habere*, coincidente nelle *res nec mancipi* con il trasferimento del *dominium*, giochi un ruolo decisivo per l'elaborazione della soluzione proposta (121).

---

(121) Il Peters rilegge il principio del *periculum emptoris* attraverso quello di *casum sentit dominus*, affermando che dalla perfezione della vendita il compratore, in una prospettiva « economica », non sarebbe altro che il *dominus* della cosa; *Periculum emptoris*, in *Iuris professio.Festg.Kaser* cit., p. 223. Per l'Ernst, invece, il compratore sarebbe *dominus* non « im sachenrechtlichen Sinne, aber doch den Vermögensherrn, da im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon aufgrund des Kaufvertrags im Vermögen des Käufers steht »; *Periculum emptoris*, in ZSS.99 (1982) R.A., p. 245. A riguardo non c'è dubbio che la manifestazione dell'accordo sulla cosa e sul prezzo proietti la cosa 'economicamente' nel patrimonio del compratore, sì da renderla *aliena* per il venditore, sebbene sia ancora nel suo patrimonio. Ritengo, però, che proprio la 'accidenta-lità' della *translatio dominii* nell'*emptio venditio* consensuale accentui anche giuridica-mente la funzione di scambio, riconosciuta come contratto di *ius gentium*, tutelata da un *iudicium bonae fidei* e diretta all'impossessamento, all'*habere* della cosa. In questa prospettiva, la particolare posizione del compratore rispetto ai destini della *res* compera-ta, ancora nella disponibilità del venditore, sarebbe dettata proprio dall'interpretazione della *fides bona* che fonda il contratto, la quale imporrebbe di porre a suo carico il peri-mento della stessa inimputabile ad una colpa del venditore, in quanto seppure ancora in *dominio* di quest'ultimo, sul piano delle *obligationes* già *res emptoris*; richiama la « buona fede » a fondamento del *periculum est emptoris* sebbene in una prospettiva di-versa da quella qui proposta I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas-Scritti Guarino* V, pp. 2227 sgg.; sul punto vd. anche C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit, cap. II § 10 e M. Pennitz, *Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit., p. 255 n. 15.

CAPITOLO II

[illegible] *PRAESTARE* NEL SENSO DI « *STARE PRAES* » COME [illegible]ZIONE NEL LATINO GIURIDICO DEL II SEC. A.C.

1. *La comparsa di un uso tecnico-giuridico del verbo* praestare.

Il vocabolario etimologico Walde-Hofmann non riconosce al latino « *praesto-stiti-staturus-stitum-are* » una comune for-ma originaria, evidenziandone la derivazione da due forme com-[illegible] « *prae-stare* » da un lato, e « *praes-stare* » dall'altro (1). [illegible] si rifletterebbe anche sui significati che il verbo assume: [illegible] propri della prima forma, inizialmente intransitiva: « stare [illegible] » ed i traslati « superare » e « fornire »; quelli derivanti [illegible] seconda forma, fin dal suo primo apparire con valore tran-[illegible] « garantire, assicurare » (2).

Il Ramminger, seguendo sul punto la maggiore cautela di Ernout-Meillet (3), ha invece proposto una derivazione di tutti

---

(1) A. Walde-J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologische Wörterbuch*, Hei-[illegible], Winter, II, p. 355; Cfr. d'altronde lo stesso *Totius Latinitatis Lexi-*[illegible] Forcellini Devit (1868), IV, p. 826-827.

(2) Varrone, al contrario, concepisce il rapporto semantico tra *praes* e *prae-*[illegible] inverso rispetto alla moderna filologia; *de l.L.* VI,74 « *Itaque pr⟨a⟩es* [illegible] *interrogatus, in publicum ut praestet; a quo et cum respondet, dicit* [illegible] V,40 *in fine*: « *Pr⟨a⟩edia dicta, item ut praedes, a praestando, quod ea* [illegible] *publice mancupis fidem praestent* »; vd. anche Fest. *de verb. sign.* [illegible]), p. 137; per A. Ernout-A. Meillet (*Dictionnaire Étymologique* [illegible] *latine* cit., p. 532) ciò evidenzierebbe che anche i romani della tarda re-[illegible] tra i due termini un rapporto « reale o immaginario »; vd. anche [illegible] osservazioni di F. Bücheler, *Altes Latein*, in *Rh.M.* 52 (1897), p. 398. Sul [illegible] dell'etimologia di *praes* vd. P. Viard, *Le praes*, (Th. Dott.) Dijon [illegible] che peraltro è per la impossibilità di proporre ipotesi convincenti a [illegible] la derivazione di *praes* da **praevas* vd. invece E. Ernout-A. Meillet, [illegible] p. 532; A. Walde-J.B. Hofmann, *LEW*. cit. II, p. 355.

(3) A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire Étymologique* cit., p. 532; vd. sul [illegible] E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes* 1., [illegible] de Minuit, pp. 195-197.

i significati del verbo dall'unica forma *prae-stare* (4). Per questo Autore, il secondo significato di *praestare*, nel senso di « *in se recipere, promittere, servare* » (coll. 924 sgg.), non deriverebbe dall'assimilazione di *praes-stare*, attestata peraltro nelle fonti del I sec. a.C., e alla quale, per lo stesso Ramminger, « *subesse putat veriloquium iurisconsulti* », ma, a sua volta, avrebbe origine da *prae-stare* nel senso di *praebere* (col. 913,33). In particolare si sarebbe passati da una locuzione del tipo *praedem-fideiussorem praestare*, nel senso di « fornire dei garanti », ad una locuzione « *concisa* », la quale ricorrendo solo al verbo e non più ai complementi oggetto, avrebbe espresso l'idea di garantire e più in generale, « *quae in obligatione continerentur* » (col. 924,55).

L'assenza di una *communis opinio* sull'etimo di *praestare* non impedisce comunque di riconoscere, in tutti e due gli indirizzi segnalati, nel secondo significato, di « garantire », quello strettamente giuridico del verbo (5), sia che si pensi al passaggio dai sostantivi (*praes, fideiussor*) al verbo (*prae-stare* nel senso di *praebere*) di tale significato, sia che si opti per la derivazione di questo significato da una forma autonoma del verbo, frutto dell'assimilazione di *praes-stare*. Anche nel primo caso, infatti, si riconosce, al di là poi dell'effettiva correttezza etimologica della concezione dei giuristi romani, che questi ultimi intendevano il *praestare* nel suo secondo significato come espressione dell'idea di *stare praes*, di 'star garante' di qualche cosa (6). Ai nostri fini, questo dato è essenziale, in quanto al di là degli aspetti strettamente etimologici, si tratta di capire come e quando sia emerso un significato del *praestare* come oggetto dell'obbligazione, che i giuristi romani intendono come collegato, sebbene forse solo idealmente, alla figura del *praes*.

Da questo punto di vista, già il Bücheler, fautore dell'origine di questo significato da una forma verbale autonoma, in uno studio dello scorso secolo rilevava che i significati più antichi e

(4) *Thesaurus Linguae Latinae* X. 2, fasc. 6 (1991), coll. 906, 36 sgg. (I); coll. 918, 32 sgg. (II. 1); coll. 925, 55 sgg. (II. 2).

(5) Cfr., ad es., F. Bücheler, *Altes Latein*, in *Rh. M.* 52 (1897), pp. 396 sgg.; e Ramminger, in *ThesLL.* cit., col. 924,66 sgg..

(6) Vd. Ramminger in *ThesLL.* cit., col. 913,35-36.

rispetto a quelli derivanti dalla prima forma, attestati, a differenza di quelli derivanti dalla seconda, già in Plauto (7). Se si tiene, infatti, conto del fatto che negli scritti di quest'ultimo ricorre al contrario la parola *praes* (« *praedem dare* »; « *praes esse* ») si ha la conferma di come in questa epoca il verbo non fosse utilizzato nel senso di *stare praes* (8). I significati di « garantire e assicurare » sarebbero quindi più recenti, testimoniati essenzialmente nell'opera di Cicerone (9). Sempre per il Bücheler, la seconda forma può essere considerata quella con un significato più strettamente giuridico » (10), e cita a conforto proprio l'espressione « *praes stat* » presente nella *lex Municipi Tarentini* (cfr. FIRA I² *Leges*, p.167) della prima metà dell'ultimo sec. a.C. (11). Come ho già detto, anche il Ramminger, sebbene alla luce di una diversa ipotesi etimologica, riconosce nel secondo significato del verbo quello strettamente giuridico (12).

Questi dati, che ben si inseriscono nelle richiamate discussioni della romanistica d'inizio '900 (13), permettono di evitare un errore di prospettiva che spesso ha condizionato la esatta comprensione del significato del verbo in esame negli usi che si incontrano nelle fonti. Indubbio è infatti l'ampio spettro semantico che esso ha negli autori latini e sicuramente anche nelle fonti giuridiche, dove il *praestare* si incontra in tutti i possibili significati. Ciò però che bisogna precisare è se a questa indiscutibile 'plasticità', non si contrapponga un uso specifico nel linguaggio dei giuristi in relazione ai rapporti obbligatori.

(7) *Altes Latein*, in *Rh. M.* 52 (1897), p. 396; cfr. G. Lodge, *Lexicon Plautinum* I-II (1933), [rist. Hildesheim (1962), Olms], II, p. 368.

(8) Cfr. sugli usi di *praes* in Plauto le fonti ricordate da G. Lodge, *Lexicon Plautinum* cit., II, p. 367.

(9) Tanto che il Bücheler ipotizza che la proposta assimilazione di *praes-stare* sia da imputare alla « rednerischen Wirksamkeit Cicero's selber »; *Altes Latein* cit., p. 398.

(10) *Altes Latein* cit., p. 397-398.

(11) Cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Hildesheim (1962), (rist. anast. ed. Milano 1912), pp. 492-493.

(12) *ThesLL.* cit., col. 924, 66 sgg.

(13) Vd. *supra*, § 1 dell'Introduzione.

(14) Vd. ora *ThesLL.* '*praesto*', X. 2, fasc. 6, coll. 906 sgg. (I.); coll. 913 sgg.; cfr. altresì VIR. IV, 1 (1985), coll. 1054-1085.

da Publio Mucio in materia di *res dotales* (D.24,3,66 pr.) (18), e nell'argomentazione fondata sul *ius* di L. Crasso nella controversia tra Gratidiano e Orata (Cic. *de off.* III,16,67) (19). Così nella voce attiva lo usano i *veteres* in tema di comodato (D.13,6,5,6-9) (20), e Quinto Mucio nella *sententia* sempre in materia di comodato (D.13,6,5,3) (21).

Queste testimonianze rappresentano il punto di riferimento essenziale per una riconsiderazione dei contesti e dei significati che il verbo ha nei suoi primi usi nel senso di *stare praes*, tanto più significativi proprio in quanto emersi all'interno di contesti strettamente giuridici.

In particolare, si deve chiarire se lo *stare praes* compaia nel linguaggio giuridico nel significato più limitato di assunzione della condizione di garante processuale (*praes*), e se questo sia rimasto sostanzialmente invariato con l'andare del tempo. Una tale verifica non può, allora, che muovere dalla rilettura delle fonti più antiche che testimoniano l'uso tecnico-giuridico del verbo. A questo fine hanno un ruolo fondamentale sia le notizie varroniane sugli antichi formulari di alcune *stipulationes* collegate alla vendita di animali (*de re rust.* II,4,5; II,5,10-11; vd. *infra*, par. 2), sia le motivazioni date da P. Mucio rispetto al famoso caso delle *res dotales* di Licinia, e da Catone padre dell'Uticense in materia di compravendita (vd. *infra*, par. 4).

A riguardo, invece, l'altra via che indica Gaio nelle *Institutiones* (« *intendimus dare facere praestare oportere* »; IV,2), quella cioè del *praestare* come 'parola' della *formula*, in particolare dell'*intentio*, non ha portato a risultati significativi (22). Ciò è coerente, peraltro, con l'esiguità delle formule nelle quali il verbo compare (23). Questo non significa, però, che *praestare* non

(18) Cfr. *infra*, cap. II,4,B.

(19) Cfr. *infra*, cap. II,4,C.

(20) Cfr. *infra*, cap. II,4,D.

(21) Cfr. *infra*, cap. III,2.

(22) Cfr. R. Mayr, *Praestare* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., pp. 205-209.

(23) Il Lenel riconosce il ricorrere del verbo nell'*a. familiae erciscundae*, nell'*a. communi dividundo* e dubbiosamente nell'*a. pro socio*; *Das Edictum Perpetuum*[3], Leipzig (1927); [rist. Aalen (1985), Scientia], p. 208; p. 211 e p. 297. La difficoltà peraltro diviene maggiore se si tiene conto dei dubbi avanzati in dottrina [illegible]

[illegible] 'parola' formulare (Gaio dice *intendimus*...) (24), ma soltanto che « è difficile dalla ricerca attraverso le formule trovare [illegible] del nostro problema » (25), ed in particolare del [illegible] del significato con cui si comincia a ricorrere nel linguaggio giuridico al *praestare* inteso come *praes-stare*. Al contrario, proprio le fonti appena richiamate dimostrano come le sue prime apparizioni si abbiano nel lessico giuridico dell'*interpretatio prudentium* del II e I sec. a.C., rispetto a rapporti obbligatori per i quali sappiamo con certezza che il verbo non compariva nelle relative *formulae* delle azioni (26). L'approfondimento degli usi del verbo nella attività cautelare e rispondente della *iurisprudentia* di questo periodo, è il presupposto dogmatico e storico necessario dell'affermazione gaiana (IV,2), la quale trova una spiegazione proprio se calata in una realtà nella quale [illegible] un movimento che, dal lessico dei giuristi, porta il *praestare* nell'editto del pretore ed in alcune formule di azioni (27).

[illegible] della *intentio* nelle azioni divisorie; da ultima sul punto G. Aricò Anastasi, [illegible] *sulla divisione giudiziale*, in AUPA.42 (1992), pp. 385-386 e n. 38.

(24) Vd. la diversa interpretazione di C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 5-7.

(25) Grosso, *Obbligazioni*[3] cit., p. 32.

(26) Così nell'*a. rei uxoriae* si parla di *REDDERE OPORTERE* informato [illegible] *MELIUS*; nell'*a. ex stipulatu* di *QQ. DARE FACERE OPORTERE*; [illegible] *venditi* di *QQ. DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA*; nell'*a.* [illegible] *in factum*, di *REDDERE*, ed in quella *in ius*, di *QQ. DARE FACERE* [illegible] *(EX FIDE BONA)*.

(27) L'unico passo in cui si ha una esplicita spiegazione del significato del [illegible] da parte di un giurista è tratto dal commento edittale di Ulpiano [illegible]: « *Haec verba 'HIS REBUS RECTE PRAESTARI' hoc significant,* [illegible] *periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret* ». Oltre alle azioni sopra [illegible] per le quali allo stato attuale delle nostre conoscenze permangono numerosi [illegible], il verbo è contenuto con sicurezza nell'Ed.degli Edili *de mancipiis emundis* [illegible] (D.21,1,1,1) e nell'Ed. *de damno infecto* (D.39,2,7 pr.; O. Lenel, *Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 372). Nelle leggi, oltre al famoso « *pro se praes* [illegible] » [illegible] *lex Municipi Tarentini* VIII, 2, (FIRA I[2]. *Leges*, p. 167) sono fondamentali le due sequenze, « *dare facere praestare restituere* » e « *dari fieri praestari* » come contenuti dell'*oportere*, della *lex de Gallia Cis.* XXII,31 (FIRA. I[2]. [illegible]) e della *Lex Irnitana*.79,l.59. Il verbo nel suo secondo significato, ricorre in numerosi atti negoziali: FIRA. III[2] *Negotia*, n. 137 (pp. 438-439); [illegible] 157 (481-482); *Tab. Hercul.* IV serie n. 60 e 61, in *Par. del pass.* 9 [illegible]; *Tab. Pomp. Sulp.* n. 43 [=TP.98]; 42 [=TP.57] in G. Camodeca, [illegible] *puteolano dei Sulpicii*, Napoli (1992), Jovene, pp. 143 sgg.; pp. 155 sgg.

Verificare questi primi usi è quindi essenziale per una rilettura delle fonti giuridiche che contengono il verbo rispetto a questioni relative all'inadempimento.

2. *Il* praestare *oggetto di una promessa formale nelle* leges venditionis *ricordate nel* de re rustica *di Varrone.*

A. *L'*antiqua formula, *la* prisca formula *e il* iudicium empti venditi (de re rust. II,2,5-6).

Questo paragrafo, come altresì i prossimi di questo capitolo, vuole approfondire le prime testimonianze dove emerge il *praestare* in relazione a rapporti obbligatori. Il fine è quello di cogliere il significato dello *stare praes* nella giurisprudenza del II sec. a.C., di cui si potrà poi verificare la connessione con quello proprio della giurisprudenza successiva. Si vedrà, infatti, come ad un uso di esso in relazione a profili ben delimitati del rapporto obbligatorio, verrà mano a mano a sovrapporsi un uso più ampio, proprio della maturazione di una concezione del *praestare* idonea a descrivere anche la condizione del debitore che giuridica l'*actione teneri* per l'inadempimento.

Nell'opera '*de re rustica*' di Terenzio Varrone, scritta nel [illegible] a.C., vengono riferite un'*antiqua formula* e una *prisca formula* relative alle compravendite di pecore:

II,2,5-6
In emptionibus iure utimur eo, quo lex praescripsit. In ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt; quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit « TANTI SUNT MI EMPTAE? » et ille respondit « SUNT » et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic « ILLASCE OVES, QUA DE RE AGITUR, SANAS RECTE ESSE, UTI PECUS OVILLUM QUOD RECTE SANUM EST EXTRA LUSCAM SURDAM MINAM, ID EST VENTRE GLABRO, NEQUE DE PECORE MORBOSO ESSE HABEREQUE RECTE LICÈRE, HAEC SIC RECTE FIERI SPONDESNE? » Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Seguiamo il discorso dell'erudito Varrone, per poi vedere di [illegible] il contesto storico delle due formule, una considerata [illegible] relativa alla conclusione della compravendita, e l'altra [illegible] in relazione ad una *stipulatio*.

[illegible] afferma che nelle *emptiones* si applica il diritto che è pre[illegible] dalla *lex* (*contractus*). Attraverso di essa, infatti, vi è chi [illegible] molte cose e chi invece poche; qualcuno, stabilito il prezzo [illegible] singoli capi, pattuisce di contare come una pecora due agnelli [illegible] ritardo o due pecore che per l'età mancano di denti (28).

Per la parte restante si ricorre generalmente alla *antiqua formula*: il compratore chiede al venditore « TANTI SUNT M(IH)I EMPTAE? » ed il venditore risponde « SUNT »; dopodiché il compratore promette (*expromittere*) il prezzo (29), e fa promette-

(28) Non si tratterebbe quindi di un diverso oggetto del contratto come sem[illegible] A. CENDERELLI (*Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di Terenzio Varrone*, Milano (1973), Giuffrè, p. 148), ma di un diverso modo di [illegible] la controprestazione in denaro, in un caso nella sua globalità, nell'altro [illegible].

(29) Sull'*expromissio nummorum* nel senso di *promissio* essenziale PH. MEY[illegible] *et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in [illegible] IV (1949), pp. 180-181; vd. altresì M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., p. 230; M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della [illegible] e pagamento del prezzo*, in *Vendita e trasferimento della proprietà* cit., [illegible]; in particolare p. 489 n. 17 (= in AUPA. 42 (1992), p. 188-189 n. [illegible]). [illegible] contrario del PRINGSHEIM che: « trotz dieser 'expromissio' (...) den [illegible] nicht aus einer Stipulation, sondern mit der Klage aus dem konsensualen [illegible] *iudicio* d.h. *ex empto vendito*) den nicht gezahlten Preis einklagt läßt, [illegible] 'expromisit nummos' offenbar keine Stipulation » (*Eigentumsübergang* [illegible], in *ZSS*.50 (1930) R.A., p. 340) tradisce in realtà l'impossibilità, presup[illegible] Pringsheim ma non provata, di garantire formalmente un obbligo di per sè [illegible] in base alla *antiqua formula*, eventualità che al contrario abbiamo già [illegible] nella prassi cautelare dei formulari catoniani. I tentativi, poi, di espun[illegible] ci sembrano pure petizioni di principio (G. BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, in *Acta Congr. Iur. Intern.* (1935) I, p. 339). In dottri-

re al venditore, utilizzando una *prisca formula*, l'esistenza di al-
cune qualità, l'assenza di alcuni vizi nelle pecore e la garanzia
dell'*habere recte licere*.

Avendo fatto ciò — si dice — ugualmente non si ha *mutatio*
domini, salvo che non si sia provveduto alla *adnumeratio* delle
pecore, da intendersi nel senso di consegnate attraverso il conteg-
gio dei singoli capi (30).

Questo non impedisce che il compratore, seppure non abbia
effettuato il pagamento, possa far condannare il venditore se non
effettui la *traditio* (che nel caso era appunto la numerazione dei
capi comprati), così come lo stesso venditore il compratore con
un *simile iudicium* se non paghi il prezzo (31).

I problemi, che questi paragrafi del *de re rustica* hanno sol-
vato, riguardano innanzitutto la datazione sia della formula di
compravendita che di quella della stipulazione di garanzia (32).

In relazione a questi, ritengo non potersi estendere a tali for-
mule la paternità maniliana proprio perché Varrone si richiama a
M'. Manilio più volte esplicitamente. Il fatto che solo rispetto a

---

na non sono mancate ipotesi, peraltro non supportate dalle varie tradizioni ...
relative all'« *et* » che precede l'*expromisit*, proponendosi da un lato la sua ...
sione in quanto frutto di una ripetizione del copista (E. Schönbauer, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in ZSS.52 (1932) R.A., p. 207), d'altro lato la ...
trasformazione in « *ei* » (C. St. Tomulescu, *Et expromisit nummos*, in ...
(1979), pp. 291-292).

(30) L'*adnumeratio* delle pecore sarebbe quindi equivalente ai fini dell'...
traslativo alla *traditio* coerentemente alla natura di *res nec mancipi* delle ...
G. Baviera, *Nota alla dottrina delle 'res mancipi' e 'nec mancipi'*, in ...
(1899), p. 185; F. Pringsheim, *Eigentumsübergang* cit., pp. 337-339.

(31) Si accentua di solito, con riferimento a questa parte del brano di Varro-
ne, l'originaria assenza di una bilateralità funzionale delle obbligazioni ...
nate dalla compravendita; vd., ad es., G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*,
Torino (1963 [3]), Giappichelli, p. 218; H.P. Benöhr, *Das sog. Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg (1965), ...
ter, pp. 20 sgg.; M. Talamanca, *Vendita* cit., in ED. XLVI (1993), p. ...

(32) Per alcuni autori entrambe sarebbero di paternità maniliana (G. Bavie-
ra, *Nota alla dottrina delle 'res mancipi' e 'nec mancipi'* cit., p. 185; ...
Varron et les conditions du transfert de la propriété cit., in *Scritti Ferrini* IV ...
p. 185; M. Kaser, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in ZSS ...
R.A., p. 214); per altri solo la « *prisca formula* » della stipulazione (A. ...
Der Kauf cit., I, p. 393; R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans ...
te romaine*, Paris (1930), Sirey, p. 11).

... formule qui esaminate si senta la necessità di evidenziarne
... antichità è un indizio per la posteriorità delle altre (33).

Collocate quindi in un'età compresa tra i formulari con-
tenuti del *de agri cultura* catoniano e l'attività cautelare di
M'. Manilio, le formule di compravendita e di stipulazione ri-
portate da Varrone offrono una serie di spunti essenziali ri-
spetto ai problemi che qui interessano.

Riguardo al tenore dell'*antiqua formula* si deve rilevare co-
me l'accordo si concentri proprio sul prezzo delle *oves*: « a
... (34) sono a me acquistate? »; « sono ».

Bisogna notare che, nell'ipotesi in cui il prezzo sia fissato
... capo, l'accordo poteva essere di per sè inidoneo a sapere
... quale fosse la somma di denaro dovuta dal com-
pratore. In sostanza con l'accordo si fissa il corrispettivo per
..., rimandando poi alla *adnumeratio* la precisa determina-
zione dell'intero prezzo.

Che rapporto c'è tra l'accordo così stilizzato (35) e le sti-
pulazioni successive?

La dottrina oscilla tra posizioni che considerano l'accordo
privo di efficacia giuridica e rilevanti solo le *obligationes ver-
bis contractae* (36), ed altre che considerano la vendita ricorda-
ta da Varrone un « atto complesso » (37), essendo le stipula-

---

(33) ... si è ritenuto di dovere accentuare proprio l'uso dei due aggettivi visto
... una simile precisazione non è fatta negli altri casi (...): anzi, in questi si
... più d'una volta che le formule delle stipulazioni di garanzia risalgono —
... — a M. 'Manilio (...), all'opera del quale difficilmente si addice-
... al tempo di Varrone, le aggettivazioni di *antiqua* e *prisca* »; M. Talaman-
ca, ... *dei contratti romani* cit., in *Contractus e pactum* cit., p. 64 n.

(34) Il « *tanti* » è un genitivo di stima e prezzo.

(35) Di forma « parastipulatoria » parla ora M. Talamanca, *Vendita* cit.,
... (1993), p. 311.

(36) G. Baviera, *Nota alla dottrina* cit., p. 185; V. Arangio-Ruiz, *La
compravendita* cit., I, p. 75; L. Labruna, *Plauto, Manilio, Catone* cit., in *La-
beo* ... (1968), pp. 38-39.

(37) Di « acte complexe » parla esplicitamente il Meylan (*Varron et les
...* cit., pp. 179-180) accentuando il fatto che esso conterrebbe tre atti giu-
ridici distinti: 1) il contratto consensuale di vendita; 2) l'*expromissio num-*

zioni per alcuni necessarie (38), per altri meramente [illegible] cessorie (39).

A mio avviso bisogna distinguere tra accordo 'stilizzato' [illegible] *expromissio nummorum* da un lato, e accordo 'stilizzato' e sti[illegible] lazione di garanzia dall'altro.

Rispetto alla stipulazione del prezzo pattuito si è di fronte [illegible] un rafforzamento dell'interesse del creditore, coerentemente [illegible] quella che abbiamo visto essere la prassi cautelare dei formu[illegible] catoniani. L'accordo nei termini dell'*antiqua formula* avrebbe [illegible] lora ricevuto ugualmente tutela attraverso le *actiones empti* e *venditi*, come dice lo stesso Varrone, anche in caso di man[illegible] pagamento del prezzo (40).

---

morum (che per questo autore avrebbe effetti traslativi del *dominium*); 3) la [illegible] *tio* di garanzia per i vizi occulti e l'evizione; nello stesso senso M. SARGENTI, *Proble[illegible] mi della resp. contr.* cit., p. 229. Per il CANCELLI si sarebbe di fronte ad un « [illegible] dimento alienatorio »; *L'origine del contratto consensuale* cit., p. 127.

(38) In questa prospettiva l'unico obbligo giuridicamente rilevante [illegible] il semplice accordo stilizzato sarebbe quello del venditore di consegnare la [illegible] telato attraverso l'*actio empti*; M. SARGENTI, *Problemi della resp. contr.* cit., [illegible] in definitiva secondo questa prospettiva la compravendita consensuale sarebbe [illegible] « to fill the interstices left by taking stipulations »; A. WATSON, *The Origins [illegible] Consensual Sale: a Hypothesis*, in T. 32 (1964), p. 248.

(39) Il KARLOWA parla di 'stipulazioni esecutive' (*Vollzugstipulationen*) [illegible] noscendo al contempo la possibilità di tutelare attraverso l'azione di compra[illegible] sia il pagamento del prezzo, sia la garanzia per i vizi e per l'evizione; [illegible] *Rechtsgeschichte* II, Leipzig (1901), von Veit, p. 620; vd. anche F. GIRARD, [illegible] *historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain* [illegible] RHD.7 (1883), pp. 542-543 [=*Mélanges de droit romain*, II, (1923), pp. [illegible] MEYLAN gli riconosce un'efficacia 'novativa'; *Varron* cit., p. 180; vd. anche [illegible] *nèse de la vente consensuelle romaine*, in T.21 (1953), pp. 161-164. Il CANCELLI [illegible] la di « carattere accessorio » (*L'origine del contratto consensuale* cit., p. [illegible] punto è d'accordo anche F. WIEACKER, Rc. in ZSS.81 (1964), R.A., p. 441.

(40) L'eventualità della *stip. pretii*, così come abbiamo visto nei [illegible] catoniani di vendita, spiega il perché rispetto al corrispettivo vi fosse la [illegible] *vendito*. Più difficile dire, invece, se nell'età dell'*antiqua formula*, questa [illegible] se già vita ad un *iudicium bonae fidei* o meno. Certo la tendenza, già risc[illegible] formulari d'asta di Catone e confermata in questo caso dalla ricerca di una [illegible] del rapporto obbligatorio venuto in essere con l'aggiudicazione o con l'accordo [illegible] lizzato' in termini di *oportere* attraverso il ricorso a *stipulationes*, potrebbe [illegible] l'indizio che originariamente questi non producessero come tali 'obblighi' [illegible] dar vita all'obbligazione del *ius civile* sebbene fondata sulla *fides bona*. L'i[illegible] MEYLAN che qui la *(ex)promissio nummorum* svolgerebbe non tanto la funzione [illegible] garantire il pagamento del prezzo della vendita quanto quella « d'éliminer une [illegible]

[illegible] *simile iudicium* non può, infatti, essere che quello intro[illegible] con l'*actio venditi*, diversa solo nella *demonstratio* dall'*ac*[illegible] con cui il compratore, sebbene non avesse ancora paga[illegible] effettivamente il dovuto, poteva far condannare il venditore [illegible] non consegnava le pecore (41).

Altro discorso deve farsi per il rapporto tra accordo 'stilizza[illegible] stipulazione di garanzia. Nei formulari catoniani si è visto [illegible] il ricorso alla stipulazione operasse essenzialmente per pre[illegible] di *dare* un *certum*. La *prisca formula* ricordata da Var[illegible] invece, impone al venditore di promettere formalmente da [illegible] l'esistenza di certe qualità e l'assenza di certi vizi delle [illegible] vendute, e d'altro lato il loro pacifico godimento (*habere* [illegible]) rispetto alle pretese di terzi.

In particolare si promette che le pecore acquistate siano 'sa[illegible] da gregge il quale è perfettamente sano, e non cieche [illegible] occhio, sorde e *minae* (cioè con il ventre senza lana), nè [illegible]nenti ad un gregge malato, ed infine si promette anche [illegible] *recte licere*. Rispetto a queste situazioni lo stato d'incer[illegible] in cui versa il compratore rende opportuna la specifica ga[illegible] (42). La *prisca formula* sembra da questo punto di vista

---

[illegible] dans le régime de la vente obligatoire le tranfert de la propriété [illegible] le paiement du prix » (*Varron* cit., p. 183) trova un ostacolo insormontabile [illegible] *dominii* condizionata all'*adnumeratio*; vd. le giuste osservazioni di F. [illegible] *Eigentumsübergang* cit., pp. 338-339; G.G. ARCHI, *Il trasferimento del*[illegible] *nella compravendita romana*, Padova (1934), Cedam, pp. 109-112. Il [illegible] pensa, invece, ad una sovrapposizione tra due « diversi moduli: lo scrit[illegible] alla realtà della sua epoca, quando dal contratto consensuale di com[illegible] sorgevano per le parti i due *iudicia bonae fidei*, non accorgendosi che, [illegible] del modello adottato, per il prezzo il *venditor* doveva agire, invece, [illegible] *expromissio* »; *La tipicità dei contratti romani* cit., p. 64.

(41) [illegible] « *simile* » è allora giustificato dalla diversità formulare tra le posizio[illegible] e del venditore. Nel senso qui seguito vd. F. PRINGSHEIM, *Eigen*[illegible] cit., p. 340; e di recente M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti ro*[illegible] p. 84 n. 105; *contra* M. SARGENTI, *Problemi della resp. contr.* cit., p. 231 [illegible] WATSON, *The Origins of Consensual Sale* cit., p. 252 n. 13.

(42) Fondamentali a riguardo le considerazioni del BECHMANN sulla « objek[illegible] » per superare la quale si pretende una garanzia formale. L'incer[illegible] situazione che si vuole garantita è di natura obiettiva nel caso in cui [illegible] Mangel erst in der Zukunft eintreten oder die Erwartung eines künfti[illegible] (oder Zustands) ... sich als illusorisch erweisen kann », *Der Kauf*

superare i limiti incontrati dalle *conceptiones verborum* dei formulari catoniani, potendo formalizzare non solo oggetti dell'obbligazione certi, ma altresì un *incertum*. Questa estensione deve essere collegata alla nascita di forme più elastiche di tutela rispetto alle precedenti *actiones per certa verba*, forme di tutela che permettono di impegnare il debitore ad un generico *quidquid dare facere oporteere*, inadempiuto il quale si dovrà determinare il quanto della *condemnatio* pecuniaria (43).

A riguardo bisogna notare che nella *prisca formula* queste prestazioni non sono promesse come tali, ma vengono a ridursi in un generale « *haec sic recte fieri* » (44). La rilevanza della situazione di fatto, all'esistenza o all'assenza della quale il compratore ha interesse, sembra allora trovare un primo riconoscimento come oggetto di *obligationes verbis contractae* attraverso la sua attrazione nella prestazione che doveva apparire ai giuristi che la proposero la più idonea a regolarla, il *fieri*, proprio per la maggiore ampiezza di significati che gli si potevano ascrivere, mancando invece qualsiasi richiamo al *praestare* (45).

Da questo punto di vista, però, il verbo (nel senso di *facere* e *non facere*) non sembra fornire una risposta esauriente alle esigenze del compratore. Coerentemente alla tecnica interpretativa di stretto diritto, infatti, il *iudex* avrebbe considerato inadempimento non semplicemente l'assenza delle qualità promesse, l'esistenza dei vizi esclusi e la perdita del pacifico godimento, ma la dipendenza di queste situazioni da un *factum* del promittente o di terzi (arg. ex '*fieri*') (46). Il *facere* doveva, quindi, una volta

(43) Ed indubbiamente potrebbe aver rappresentato un problema l'*aestimatio* giudiziale proprio di queste nuove prestazioni di garanzia ai fini della *condemnatio* pecuniaria; vedi le considerazioni in relazione all'assenza in queste stipulazioni di una cl. '*quanti ea res erit*' di M. KASER, *Die Stipulationsklausel* cit., pp. 214 sgg.

(44) Questa *conceptio* avrebbe la funzione di riassumere alla fine le precedenti disposizioni; F. PRINGSHEIM, *Stipulationsklausel*, in *Gesamm. Abhandlungen* II, p. 201; R. MONIER, *La garantie contre les vices* cit., p. 12.

(45) Sul *facere* vd. per tutti G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., pp. 28-29.

(46) Questa prospettiva sembra riemergere in un passo dei l. *ad Sab.* di Ulpiano riguardo alla *stipulatio habere licere* dove l'inadempimento è valutato in termini di « *nec per quemquam omnīno fieri, quo minus nobis habere liceat* », il che porta il giurista severiano ad accentuarne il contrasto con il pr. '*nemo factum alienum promittendo obligatur*' (D.45,1,38 pr.); sul passo fondamentali M. KASER, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 179-180; ID., *Die Stipulationsklausel* cit., p. 201; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, pp. 336-341; ed ora M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., pp. 26-27 e n. 177; ID., *Vendita* cit., p. 390 e n. 895.

precisato il suo àmbito semantico nella contrapposizione *dare facere* (47), dimostrarsi inidoneo a garantire effettivamente il compratore, perché queste situazioni a ben vedere in nulla dipendono da una condotta del venditore o dei terzi, ma al contrario producono conseguenze negative sul patrimonio del primo in base alla loro semplice esistenza od assenza (48). Di qui la necessità di superare una formulazione che, in un'età che forse non aveva maturato un irrigidimento nell'interpretazione del *facere* rispetto ai modi d'essere della cosa che vengono come tali garantiti, era stata ritenuta idonea ad attrarre le particolari prestazioni promesse con la *prisca formula*. Il superamento di questa concezione porterebbe, infatti, a considerare l'*haec sic recte fieri* inadatto allo scopo.

Queste situazioni obiettive che vengono garantite formalmente trovano, quindi, un primo riconoscimento giuridico attraverso la categoria concettuale più ampia dell'oggetto dell'obbligazione allora acquisita, non dipendendo certo dall'accordo stilizzato dell'*antiqua formula*, tutto concentrato sulla fissazione del corrispettivo per capo, ma dovendo al contrario essere versate nella stipulazione al fine di trovare una tutela giurisdizionale (49).

Per concludere, la funzione delle due stipulazioni rispetto alla *antiqua formula* di vendita è diversa: in un caso (*expromissio nummorum*) la stipulazione segue quella che oramai è la prassi consolidata, ma non necessaria, di garantire formalmente il ven-

(47) Vd. a riguardo G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., pp. 28-29.

(48) Accentuano l'imprecisione della *conceptio* rispetto al particolare oggetto della promessa ad es. A. BECHMANN, *Der Kauf* cit., I, p. 663; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 336.

(49) In questo caso allora l'*actio empti*, anche se non *iudicium bonae fidei*, non avrebbe originariamente garantito il compratore rispetto a queste situazioni; vd., ad es., M. KASER, *Das Ziel der 'actio empti'* cit., p. 180; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, pp. 329-352; ed ora approfonditamente M. TALAMANCA, *Vendita* cit., pp. 389 sgg.; *contra* O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, p. 620 e 626.

ditore rispetto alla prestazione avente come oggetto la *pecunia*; nell'altro (*prisca formula*) la stipulazione è usata per garantire alcuni modi d'essere dell'oggetto, all'esistenza o all'assenza dei quali il compratore ha interesse, senza che venga però usato il verbo *praestare*.

A fronte di un'*actio ex stipulatu* idonea a tutelare queste prestazioni di garanzia fatte oggetto dell'*oportere*, la giurisprudenza che propone la *prisca formula* trova da un lato naturale ascriverle alla prestazione più ampia del binomio *dare facere*, dimostrando di guardare ai contenuti formulari dell'*oportere* (QQ. DARE FACERE...) dell'azione 'incerta' *ex stipulatu* come uniche alternative nel formalizzare gli oggetti della *promissio*, e d'altro lato normale ritenere questa attrazione possibile e non contraddetta da un significato del *facere* che sembra in realtà non 'agganciare' il tipo di situazione che si vuole garantita.

B. *Le « leges Manilianae » per la vendita delle capre e le prestazioni di garanzia (*de re rust.*II,3,5).*

In tema di acquisto di capre Varrone ricorda una *stipulatio* di garanzia, la cui *conceptio* faceva parte della raccolta di M'. Manilio delle *leges venalium vendendorum*:

de re rust. II, 3, 5
De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit; numquam enim sine febri sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: « ILLASCE CAPRAS HODIE RECTE ESSE ET BIBERE POSSE HABEREQUE RECTE LICERE, HAEC SPONDESNE? »

Varrone si allontana qui dalla prassi delle stipulazioni di garanzia riflessa nella *prisca formula* per la vendita delle pecore, adducendo il motivo che nessun uomo sano prometterebbe delle capre 'sane', dato che questi animali giammai sono senza febbre. A riguardo si concluderebbero stipulazioni con poche clausole, come quella ricordata per iscritto da M'. Manilio (*scriptum reliquit*) (50).

---

(50) Manilio, quindi, non è necessariamente il loro autore, limitandosi la sua funzione a quella di scegliere le formulazioni che a suo modo meglio si addicevano

La *conceptio* ricorda come oggetto della promessa: 1) la generica salute delle capre (*recte esse*); 2) la loro capacità di bere; 3) l'*habere licere*.

Le prime due si risolvono nell'esistenza di situazioni di fatto, l'ultima in una situazione di diritto (51). La garanzia della salute dell'animale non si risolve, poi, nella promessa che gli animali siano 'sani' (*sanas esse*) per la particolare natura delle capre, che sono, come aveva anticipato Varrone, sempre soggette a febbre (52). L'esistenza dei requisiti richiesti, infatti, viene in questo caso delimitata temporalmente al giorno in cui la promessa viene fatta (*hodie*), in ciò differenziandosi ulteriormente dalla *prisca formula* ricordata in *de re rust*. II, 2, 6. Il limite di tempo non si estende assolutamente alla garanzia dell'*habere licere*, in base alla quale il venditore si impegna ad assicurare per il futuro al compratore l'immunità del godimento da attacchi in via giudiziaria (53).

A differenza della *prisca formula,* la *conceptio verborum* tramandata da M'. Manilio non prevede una clausola generale (*haec sic recte fieri*) nella quale versare le varie situazioni promesse. Lo *spondes* rimanda direttamente alle particolari garanzie che il venditore dà al compratore delle capre. Riemerge una scelta diversa della giurisprudenza cautelare che potrebbe essere condizionata dalla maturazione di un significato del *fieri* che in qualche modo

---

alla natura delle *res* acquistate al fine di raccoglierle in un libro; cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* [2] cit., II, p. 334 n. 1.

(51) A. BECHMANN, *Der Kauf* cit., I, p. 394; il GIRARD invece afferma che « le mot habere comme l'expression non pas d'un état de droit, mais d'un état de fait »; *Études historiques* cit., in RHD.7 (1883), p. 537 [= *Mélanges* p. 67].

(52) Se ne accentua in tal modo la differenza con la *conceptio* data per la vendita delle pecore; vd. G. BAVIERA, *Note sulla dottrina* cit., in RISG.27 (1899), p. 186.

(53) L'estensione nel futuro dell'obbligo assunto con la promessa dell'« *habere licere* » è cosa che i giuristi romani affermano esplicitamente: « *Stipulatio ita 'habere licere spondes?'... Quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat* » Ulp. 49 *ad Sab.* (D.45,1,38 pr.) dove si può distinguere la prospettiva sabiniana da quella di Ulpiano; essenziali M. KASER, *Das Ziel der actio empti*, in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 176 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* [2] cit., II, pp. 336-341; vd. altresì M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., pp. 26-27 n. 177; ID., *Vendita* cit., p. 390.

impedisca il ricorso alla clausola generale della *prisca formula*, evidenziando le particolarità di questo tipo di prestazioni, di cui si viene definendo sempre più la specificità rispetto al *dare* e al *facere*.

L'assenza in questa *conceptio* dei verbi che esauriscono nella *formula* dell'*actio incerti ex stipulatu* le prestazioni oggetto dell'*oportere* del promittente (*dare facere*), ed a cui il giudice doveva informare la determinazione della condanna pecuniaria in caso d'inadempimento, non sembra più impedire alla giurisprudenza cautelare di costruire direttamente come oggetto dello *spondes* prestazioni che si risolvevano di fatto in un *quid esse* ed in un *quid non esse* sebbene non attratte ancora in un *praestare* (54).

Di conseguenza, si doveva poter giungere in caso di loro eventuale inadempimento ugualmente alla *condemnatio*, il che proverebbe come l'interesse del compratore all'esistenza della qualità e all'assenza del vizio promesse fosse già valutabile pecuniariamente (55).

C. *La comparsa del* praestare *in altre* conceptiones verborum (de re rust. II,4,5; II,5,11).

a) La vendita delle scrofe, la stipulazione di garanzia ed il *noxis praestari spondes*.

In relazione alla vendita delle scrofe Varrone dice:

de re rust. II,4,5
Emi solent sic: « ILLASCE SUES SANAS ESSE HABEREQUE RECTE LICERE NOXISQUE PRAESTARI NEQUE DE PECORE MORBOSO ESSE SPONDESNE? » Quidam adiciunt perfunctas esse a febri et a foria.

Per l'acquisto delle scrofe si impone al venditore un'*obligatio verbis contracta* rispetto non solo alla garanzia che esse siano 'sane', a quella dell'*habere recte licere* e della loro provenienza da

(54) Esattamente M. Talamanca, *Obbligazioni* cit., pp. 27-27 n. 177.

(55) Sull'entità della condanna per queste stipulazioni vd. qualcosa in M. Kaser, *Das Ziel der actio empti* cit., in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 176 sgg.: Id., *Die Stipulationsklausel* cit., in ZSS.90 (1973) R.A., p. 216; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* [2] cit., II, pp. 341-355.

bestiame non malato, ma altresì ad un *noxis praestari*. Varrone ricorda come qualcuno usasse anche promettere l'assenza di febbre e di dissenteria.

Rimandando al prossimo § il tentativo di precisare il momento storico a cui collegare l'uso del *praestare* come possibile oggetto della promessa formale, bisogna ora capire cosa con essa si volesse garantire.

Si deve innanzitutto puntualizzare l'estensione dell'uso di *praestare* entro la stessa *conceptio*, per evitare generalizzazioni interpretative che potrebbero impedire una valutazione più stringente del significato che originariamente gli si riconosce, seppure coerenti a quello che il verbo acquisirà nella prassi stipulatoria proprio rispetto a prestazioni in cui si garantisce l'esistenza o l'assenza di particolari modi d'essere della cosa venduta.

Lo *spondes* regge via via i verbi che descrivono le varie situazioni garantite (*sanas esse*; *habere licere*; *noxis praestari*; *ne de pecore morboso esse*), distinte le une dalle altre dalla enclitica *-que*. Da questo punto di vista si deve accordare al *praestari* un valore specifico, collegato alla singola prestazione di *noxis praestari* (56). Si ritiene di solito di dover inserire il ⟨*solutos*⟩ tra il *noxis* ed il *praestari*, argomentando da Varr. II,10,5 (57). A mio avviso, però, il fatto che tutte le *conceptiones* dove ricorre la costruzione non contengano il '*solutos*' è buon argomento per non considerarlo originariamente contenuto nei formulari (58), e che esso sia frutto di un processo interpretativo che coinvolge la clausola, il che, se non incide minimamente sulla portata giuridica che il *noxis praestari* viene ad avere, dà ragione dell'interpretazione da me proposta di « si stia '*praes*' delle '*noxae*' » (59), in base

(56) E ciò, sia rispetto alla separazione delle varie modalità d'essere della cosa, sia per la posizione del *noxis praestari*; per il Talamanca, invece, in questa *conceptio*, così come in quella ricordata da Varrone *de re rust.* II,5,10-11, « appaiono tracce di una formalizzazione nel senso/ dei contenuti tipici della prestazione:... il *praestari* »; *Obbligazioni* cit., pp. 26-27 n. 177.

(57) Vd. C.G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* [7]. *Scriptores* cit., p. 63; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* [2] cit., II, p. 355 n. 2.

(58) Vd. già R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 13.

(59) Il *noxis* è dativo della cosa, coerente con la costruzione del *praestare* nel senso di *stare praes* nella forma intransitiva; vd. ad es. *Th.LL.* cit., col. 925,74-76.

alla quale il *praestare* non si collega direttamente ad una situazione obiettiva relativa alla cosa venduta (*noxis soluta esse*), ma all'impegno del venditore di assumere, in prima persona o attraverso terzi, la posizione di 'garante' processuale in caso un terzo esperisca l'azione di risarcimento per i danni causati dall'animale (*noxae*). In sostanza al tempo di questi formulari il *praestare* non avrebbe ancora acquisito quella posizione centrale, idonea a 'catalizzare' le prestazioni che si risolvono esclusivamente in una garanzia, posizione che, invece, gli si riconosce sia nell'editto degli edili curuli (D.21,1,1,1) e nei testi di legge (*lex de Gallia Cis.* 22,l.31; *lex Irnitana*, 79,l.50), sia in alcuni *negotia* a noi pervenuti (60), e che si riflette altresì nelle valutazioni dei giuristi classici (vd. a riguardo in questo cap. § 3). Ciò, d'altronde, non diminuisce l'importanza di comprenderne l'originario àmbito d'emersione come oggetto dell'*oportere*.

Bisogna chiarire il significato del *noxis*: dottrina consolidata ha da tempo riconosciuto che qui *noxa* non significa genericamente 'danno' (61), ma in particolare il danno causato a terzi dall'animale venduto e che, in base all'*actio de pauperie*, il danneggiato può vedersi risarcire o in denaro o con la consegna dell'animale stesso (*noxae deditio*) (62). Questa interpretazione sarebbe avvalorata testualmente dallo stesso Varrone quando in tema di vendita di schiavi parafrasa il formulario della stipulazione di garanzia in termini di « *sanum esse furtis noxisque solutum* » (II,10,5). La regola « *noxa caput sequitur* » avrebbe in sostanza determinato la soggezione del compratore all'azione del terzo, pericolo che si vuole garantito proprio attraverso il *noxis praestari*. In questo caso, come per l'*habere licere*, rileva una potenziale soggezione ad un'azione giudiziaria di un terzo rispetto ad una situazione preesistente alla vendita, che potrebbe tradursi in un

(60) Vd. in questo capitolo *supra* n. 27 e *infra* n. 72.

(61) Unica eccezione sembrerebbe B. Biondi, *Actiones noxales*, Cortona (1925), Francini, p. 9.

(62) Vd. C.G. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* [7] cit., p. 389; A. Bechmann, *Der Kauf* cit., I, p. 394; A. Pernice, *Labeo* cit., B, p. 237; F. de Visscher, Rec. B. Biondi, in RHD.10 (1926), p. 329; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., pp. 12-13; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* [2] cit., II, p. 355.

pregiudizio patrimoniale per il compratore (63). Con la differenza però che nell'« *habere licere spondes?* » l'azione subìta è *in rem* e la garanzia non verte sull'immunità dall'esercizio dell'azione petitoria del terzo in quanto tale, ma sull'immunità dal suo esperimento vittorioso che solo potrà incidere sull'*habere* del compratore (64), così da porre l'elemento decisivo per individuare l'inadempimento di questa garanzia in un àmbito successivo alla soggezione puramente « processuale ». Al contrario, invece, nel « *noxis praestari spondes*? » l'azione di risarcimento del terzo danneggiato dall'animale prima della vendita, esercitata contro il compratore, sarebbe di per sè rilevante, e ciò spiegherebbe perché il venditore *praestat*, cioè assume nel processo instaurato tra terzo e compratore proprio la condizione di *praes*, in prima persona o più probabilmente, come l'uso del passivo indicherebbe, attraverso terzi. Saremmo di fronte, in sostanza, a qualcosa di analogo, seppure rispetto ad una diversa azione, al contenuto dell'*obligatio auctoritatis* del *mancipio dans*, tenuto a fornire l'assistenza processuale al *mancipio*

(63) Vd. A. Bechmann, *Der Kauf* cit., I, p. 394.

(64) Sulla *stipulatio habere licere* e i presupposti della responsabilità per evizione vd., ad es., P.F. Girard, *Études historiques* cit, in RHD.7 (1883), pp. 555 sgg. [= *Mélanges* cit., pp. 65 sgg.]; E. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig (1902), von Veit, pp. 30 sgg.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* [2] cit. II, pp. 309 sgg.; J.Ph. Levy, *Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine*, in RHD.32 (1954), pp. 321-327; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz (1956), Böhlau, pp. 210-223; M. Sargenti, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano (1960), Giuffrè; Id., *La 'satisdatio secundum mancipium' e la 'stipulatio habere licere' nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in BIDR.65 (1962), pp. 151 sgg.; E. Betti, *Istituzioni* cit., II,1, pp. 204-209; A. Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho romano clásico*, Salamanca (1968), pp. 27-32 e pp. 63 sgg.; F. Peters, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 173 sgg. in particolare pp. 200 sgg.; e da ultimi H. Ankum, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, in *Atti Acc. Peloritana dei Pericolanti* (Cl. Sc. Giur. Econ. Pol.) 57 (1989), pp. 5 sgg.; Id., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di L. Vacca, Milano (1991) Giuffrè, II, pp. 597-628; A. Wacke, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschr. Niederländer* (1991), p. 141 sgg.; M. Talamanca, *Vendita* cit., pp. 401 sgg.

accipiens nel caso di evizione della *res* alienata con *mancipatio* (65).

Questa interpretazione, a mio avviso, sarebbe idonea a spiegare il perché a fronte di una esigenza sostanzialmente uguale, quella di non vedersi citare in giudizio da un terzo e condannare per questioni attinenti la *res* acquistata, il verbo *praestare* compaia nei formulari esaminati solo in relazione all'ipotesi delle *noxae* e non dell'*habere licere*. Essa avvalora poi l'origine etimologica di una seconda forma del verbo da *praes stare*, dato che per quanto noi ne sappiamo, i *praedes* dati in relazione ad obblighi tra privati intervenivano sempre in un processo già iniziato, e comunque sempre prima della sua conclusione (66). Si avrebbe quindi nell'uso del formulario ricordato da Varrone un'eco della originaria posizione del *praes*, la quale, se poteva giustificarsi nell'ipotesi delle *noxae*, non si addiceva a quella dell'*habere licere* in quanto garanzia condizionata proprio dall'esistenza di una sentenza di condanna.

Si può ipotizzare, peraltro, che in origine, nel caso in cui il venditore non assumesse la condizione di *praes* nel processo tra terzo e compratore, quest'ultimo avrebbe agito contro di lui con l'*actio ex stipulatu*, in quanto inadempiente dell'obbligazione formalmente promessa. L'obbligazione di tenere immune il compratore dall'azione di risarcimento del terzo si venne, forse, con il tempo, a tradurre in un posteriore risarcimento, attraverso la stessa *actio ex stipulatu*, della somma a cui il compratore era stato condannato nei confronti del terzo per i danni causati dall'animale.

Si chiarirebbe, altresì, in questo modo, perché il *praestare*, nel

(65) In questo caso, infatti, « l'alienante è responsabile, in base al *ius civile* per il solo fatto di non aver prestato l'assistenza o per non essere riuscito vittorioso nel processo »; M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 404.

(66) Cfr. a riguardo P. Viard, *Le praes* cit., pp. 27 sgg.; M. Kaser, *Das altrömische Jus* cit., pp. 271 sgg.; C. Gioffredi, *Diritto e processo* cit., pp. 126-128; e vd. le considerazioni di sintesi di M. Talamanca, *Fideiussione (storia)* cit., pp. 324-326; questo A. individua in origine « una portata più ampia » dei *praedes* « di quella che non risulti dalla funzione residuale cui sono ridotti all'inizio del Principato, ed anche di quella che si possa ricavare dalle applicazioni processuali dell'istituto » (p. 325).

senso di *stare praes*, non abbia accompagnato fin dall'inizio anche le garanzie per i vizi naturali. In queste infatti la situazione garantita rileva in quanto tale e non è la condizione per l'esperibilità dell'azione di un terzo. Non si tratta in quest'ultime di assumere una posizione soggettiva di natura processuale, ma solo di garantire l'esistenza di certe qualità o l'assenza di certi vizi nella cosa venduta. Ciò spiega, poi, le ragioni dell'estensione del ricorso al verbo a nuove ipotesi, quando il *praestare* acquisirà il significato più ampio di 'star garante' per qualche cosa. Anche la particolare promessa del '*noxis praestari*', allora, sarà reinterpretata come promessa di garantire un determinato modo d'essere della *res* venduta, cioè appunto 'libera dalle *noxae*' (*noxis soluta praestari*) (67).

Questa ipotesi interpretativa sarebbe coerente, infine, con l'impossibilità di convenire e condannare con *actio in rem* (sia essa *per certa* o *per concepta verba*), almeno al tempo di cui i formulari varroniani sono testimoni, altri se non il possessore della cosa (68), il che forse avrebbe impedito, a differenza dell'azione per il risarcimento delle *noxae* causate dall'animale, di porre a carico di un soggetto diverso dal compratore, appunto il *praes*, le eventuali conseguenze della sentenza di condanna dell'azione petitoria.

Questo significato giuridico del *praestare* potrebbe risultare, quindi, quello originario, nel quale riaffiorerebbe, seppure solo in via di ipotesi, il legame tra la condizione propria connessa allo « stare » e la figura del *praes* a cui questa si ricollega.

Come risulterà nel seguente paragrafo, a questo significato viene a sovrapporsi con il tempo un significato più ampio, nel quale lo « stato » espresso dal verbo non è più collegato al solo profilo del 'garante' processuale, ma esprime oramai una condizione di garanzia in senso lato assunta dal promittente, in relazione a situazioni attinenti alla *res* venduta.

(67) *Venditio puellae*, *Tab. Herc.* n. 60 (in *Par. Pass.* 9 (1954), p. 55); Ed. ed. cur. '*de manc. emund. et vend.*' (Gell. 4,2,1; D.21,1,1,1); Varr., *de re rust.* II,10,5; Iul. D.50,16,200.

(68) Cfr. per tutti M. Marrone, *Rivendicazione (dir. rom.)*, in ED.XLI (1989), p. 17.

b) La vendita dei buoi e la precisazione del momento storico in cui viene elaborata la promessa « *noxis praestari* » (II,5,10-11).

Varr. *de re rust.* II,5,10-11
Eos (sc.boves) cum emimus domitos, stipulamur sic: « ILLOSCE BOVES SANOS ESSE NOXISQUE PRAESTARI »; cum emimus indomitos, sic: « ILLOSCE IUVENCOS SANOS RECTE DEQUE PECORE SANO ESSE NOXISQUE PRAESTARI SPONDESNE? » paulo verbosius haec, qui Manili 'Actiones' secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt.

Le due stipulazioni sono promesse dal venditore in un caso per i buoi dòmiti e nell'altro per i buoi indòmiti. L'essere l'animale dòmito, d'altronde, elimina solo la garanzia sulla provenienza del bue da una mandria sana (« *de pecore sano esse* »). L'assenza di una garanzia dell'*habere recte licere* è da ricollegarsi alla natura di *res mancipi* degli animali venduti, che per questo motivo, a differenza delle pecore, delle capre e dei maiali, avrebbero imposto la *mancipatio* per il trasferimento del *dominium*, e con essa l'*obligatio auctoritatis* in capo al *mancipio dans* (69). In entrambi i formulari, poi, il venditore promette il *noxis praestari* che non presenta elementi di diversità dalla formulazione della stipulazione per la vendita delle scrofe (70).

Ciò che Varrone dice, infine, nella parte successiva alle due *conceptiones* è importante per collocarle in modo più preciso dal punto di vista storico: alle stipulazioni riportate se ne contrappongono di più ampie (*paulo verbosius*) utilizzate dai *lanii*, che acquistano i buoi per macellarli, i cui formulari sono raccolti nel *liber « actionum »* di M'. Manilio (71).

(69) F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin (1912), Vahlen, pp. 19-20; Ph. MEYLAN, *Varron* cit., p. 188; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 334; G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, in *Iura* 18 (1967), pp. 45 sgg. in particolare pp. 54 sgg.; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., pp. 404 sgg.

(70) R. MONIER, *La garantie contre les vices* cit., pp. 13-14.

(71) La maggiore ampiezza delle *conceptiones* raccolte nel libro maniliano sarebbe per il PERNICE da ricondurre proprio alla prestazione del « *noxis praestari* » in

Il richiamo ai differenti formulari raccolti da M'. Manilio permette allora di collocare le *conceptiones* contenenti il *praestare* in un epoca a lui più vicina, contemporanea o comunque di poco posteriore, entro una diversa attività cautelare.

3. *L'estensione dell'uso del* praestare *nelle* conceptiones verborum *come verbo idoneo ad esprimere le varie prestazioni consistenti esclusivamente nella garanzia data dal promittente allo stipulante dell'esistenza o dell'assenza di una serie di situazioni obiettive inerenti la* res *venduta.*

Il ricorso al *praestare* nella predisposizione dei formulari stipulatori acquisisce col tempo una crescente fortuna, rivelataci dagli stessi documenti della pratica a noi pervenuti (72). Il verbo fi-

quanto in questo avrebbero assunto la più estesa formulazione: « *furtis noxisque solutum praestari* » (*Labeo* cit. B, p. 237 n. 21); a mio avviso però questa ipotesi non tiene conto del fatto che nella *conceptio* tramandata proprio da Manilio (*de re rust.* II,3,5) la prestazione in questione non compare. Si deve più opportunamente pensare alla previsione di ulteriori situazioni relative ai buoi che si volevano garantite, potendo forse fornire l'indizio di un atteggiamento di Manilio più attento agli interessi « di coloro che dei proprietari fondiari rappresentavano la controparte »; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica* cit., p. 19.

(72) *TPSulp.* 43 [=TP.98] in G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii* cit., pp. 143 sgg., a. 38, *tab.* II, p. 3, l. 5 « *RECTE PRAESTARI* »; *TPSulp.* 42 [=TP.57] in *ibidem*, pp. 155 sgg., a. 26?; *Emptio bovis frisica* in FIRA III[2] (ed. V. ARANGIO-RUIZ), n. 137 (pp. 438-439), l. 9 « *R(EBUS) P(RAESTARI) R(ECTE)* »; *Societas pecuniarum credendarum dacica* in FIRA III, n. 157 (pp. 481-482), a. 167, III l. 7: « *ID D(ARI) F(IERI) P(RAESTARI)QUE STIPULATUS EST...* »; *Venditio hominis*, *Tab. Herculanensis* n. 61 in V. ARANGIO-RUIZ-G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses* (IV serie), in *Par. del Passato* 9 (1954), p. 56 : « *HAEC] ITA UTI ADSOLET RECTE PRAESTARI STIPU[LAT]US [EST]...* »; nella *venditio puellae* (*Tab. Herc.* n. 60 p. 55) di incerta provenienza, invece, si è di fronte ad una formulazione intermedia tra il modulo della *prisca formula* ricordata da Varrone per la vendita delle pecore (vd. II.2,A), le prime *conceptiones* in cui compare il *praestare* (II.2,C) e le clausole generali che comprendono il « *praestare* », in quanto vi si afferma: « *[EAM PU]ELLAM Q(UAE) S(UPRA) S(CRIPTA) EST, SANAM ES[SE] / [FURTIS] NOXAQUE SOLUTAM, FUGITI[VAM] / [ERRONEM] NON ESSE PRAEST[ARI, VEL QUAN]/[TA]M PECUNIAM EX [I]MP[E]RIO AEDI/[LIU]M CURULIUM ITA UTI ADSOLET/ [H]OC ANNO DE MANCIPIS EMUNDIS / [VENDU]NDIS CAUTA CONPREHENSAQUE/ [EST] DARI, 'HAEC SIC RECTE DAR[I]/ [FIERI]QU' STIPULATA...* ». Da un lato le garan-

nisce per esprimere le varie garanzie per i vizi, naturali e giuridici, della cosa venduta, dovute dal venditore nelle vendite soggette all'editto degli edili « *de mancipiis emundis et vendundis* »: « QUI MANCIPIA VENDUNT CERTIORES FACIANT EMPTORES, QUID MORBI VITIIVE CUIQUE SIT, QUIS FUGITIVUM ERROVE SIT NOXAVE SOLUTUS NON SIT: EADEMQUE OMNIA, CUM EA MANCIPIA VENIBUNT, PALAM RECTE PRONUNTIANTO. QUOD SI MANCIPIUM ADVERSUS EA VENISSET, SIVE ADVERSUS QUOD DICTUM PROMISSUMVE FUERIT CUM VENIRET FUISSET, 'QUOD EIUS PRAESTARI OPORTERE DICETUR':... » (D.21,1,1,1; Gell., *Noct. Att.* 4,2,1) (73).

L'editto, come si è opportunamente rilevato, fa qui propria una protezione già attuata all'interno del *ius civile* (« *quod eius praestari oportere dicetur* »), fornendogli peraltro una più efficace protezione derivante dall'*imperium* (74). Tale constatazione

zie per l'esistenza di certe qualità naturali e giuridiche della *puella* (che sia sana, libera da *noxa* e da furto) e dell'assenza di certi vizi ('*fugitivam et erronem non esse*') vengono espresse da un « *praestari* », e d'altro lato il tutto viene a tradursi di fatto in un generale « *HAEC SIC RECTE DARI FIERIQUE* » avente come oggetto la somma di denaro prevista *ex imperio aedilium curulium* per l'anno in corso per le compravendite degli schiavi. L'ulteriore problema che il negozio solleva riguardo l'entità della *condemnatio* per l'inadempimento di queste prestazioni (se si debba considerare il « *quantam pecuniam* » come relativo ad una somma determinata oppure all'entità della « *condemnatio* dell'azione *aestimatoria* o *quanti minoris*, con la quale doveva praticamente coincidere quella dell'*actio ex stipulatu* »; V. ARANGIO-RUIZ/G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herc.* cit., p. 59) esorbita dai limiti di questa ricerca. Sulle *Tabulae Herculanenses* in relazione ai problemi che interessano vd. E. PÓLAY, *Sklaven Kaufverträge auf Wachstafeln aus Herculanum und Dacien*, in *Acta Ant. Ac. Scient. Hung.* 10 (1962), pp. 90 sgg.; PH. MEYLAN, *La mancipation et la garantie d'éviction dans les actes de vente de Transylvanie et d'Herculanum*, in *Sein u. Werden im Recht* (*Festg. von Lübtow*), (1970), in particolare pp. 422-427.

(73) O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 555; vd. altresì R. MONIER, *La garantie contre les vices* cit., pp. 32 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, pp. 361 sgg.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova (1955), Cedam, pp. 6 sgg. e pp. 241 sgg.; D. PUGSLEY, *The Aedilician Edict*, in *Daube Noster* (1974), pp. 253 sgg.; A. WATSON, *Seller's Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in *Iura* 38 (1987), pp. 167 sgg.

(74) Vd. in questo senso O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 269 n. 1; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 366-367; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* cit., pp. 99 sgg.; per il BECHMANN la novità degli edili sarebbe la tutela dei *dicta* non solenni; *Der Kauf* cit., I, p. 417.

importa la necessità di ricercare proprio nella riflessione giurisprudenziale la comparsa di un uso del *praestare* come esprimente tutta una serie di prestazioni diverse dal *dare* e dal *facere*, proprie delle garanzie relative a modi d'essere della cosa venduta, non assumendo a riguardo particolare importanza la datazione, peraltro discussa (75), del presente editto.

Infatti, sia i documenti della pratica che l'editto degli edili, quest'ultimo già oggetto di commento da parte di Aulo Ofilio (D.21,1,38 pr., 5,7; D.21,1,8; D.21,1,17 pr.), provano come proprio nell'epoca che li separa dalle *conceptiones verborum* dell'età maniliana sia dovuta emergere una concezione del *praestare* idonea a superare quel limite semantico che gli si riconosceva, e che aveva condizionato il suo originario ricorrere solo per la promessa del *noxis praestari*.

Di ciò, forse, rimane traccia in un fr. di Ulpiano tratto dal suo 42esimo libro *ad Sabinum*:

D.21,2,31
Si ita quis stipulanti spondeat « SANUM ESSE, FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE » et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem « FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE, SANUM ESSE » utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum, quid es-

(75) Vd. a riguardo A. DE SENARCLENS, *La date de l'Édit des Édiles de mancipiis vendundis*, in T.4 (1923), pp. 384-400; R. MONIER, *La garantie contre les vices* cit. pp. 23 sgg.; A. RAVÀ, *Le origini dell'azione redibitoria e la filosofia greca*, in *Rend. Accad. Lincei* (8° serie) 6 (1951), pp. 126 sgg.; il KASER si limita ad individuare nel testo tramandato da Ulpiano « mehrere Altertümlichkeit » (*Zum Ediktsstil*, in *Festschr. Schulz* II, 1951, p. 69); il PRINGSHEIM accentua la sicura anteriorità dei formulari cautelari ricordati da Varrone al testo edittale (*Das Alter der aedilizischen 'actio quanti minoris'*, in ZSS.69 (1952) R.A., pp. 234 sgg. in particolare p. 256) ed ipotizza l'anteriorità dell'editto sugli schiavi (p. 268); vd. altresì G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* cit., pp. 97-99. Il BURKE propone di fissare la prima concessione dello *Sklavenedikt* intorno alla metà del II sec. a.C. in base ad un influsso, non meglio precisato, di modelli greci già esistenti; *Einschränkungen der ädilizischen Rechtsbehelfe beim Kauf von der Rezeption bis zur Gegenwart*, (Diss. München), 1967, p. 4 n. 5.

se, vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum « PRAESTARI » multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probavit.

Se qualcuno promette l'esistenza di una qualità o l'assenza di certi vizi nello schiavo venduto, ai *quidam* era sembrata « inutile » la *stipulatio*, in quanto se lo schiavo non è nello stato garantito, è cioè malato, ladro e *vispellio* (76), ciò che è promesso è comunque impossibile; se al contrario è in questo stato (è sano, non è ladro, nè *vispellio*) allora la stipulazione è da considerarsi vana (*frustra*). Fin qui le notizie ricavate dal testo commentato.

Ulpiano critica in prima persona questa interpretazione perché ritiene più vero doversi propendere per l'utilità di queste promesse, il contenuto delle quali consisterebbe nel *quod interest* a che la situazione esista o non esista (77). D'altronde — continua Ulpiano — la stipulazione va tanto più considerata valida, se si sia aggiunto *praestari* ad una di queste prestazioni (*cui horum*). Altrimenti — si conclude — anche la stipulazione proposta dagli edili sarebbe da considerare inutile, il che nessuno sano di mente potrebbe approvare.

Chi erano i *quidam* citati da Ulpiano? A che periodo appartiene la *conceptio verborum* da loro criticata? Data la struttura del passo, tratto dal commento ai libri *iuris civilis* di Sabino, nel quale l'intervento di Ulpiano è proprio della seconda parte (*verius puto*), ritengo che i *quidam* fossero giuristi citati già nell'opera commentata, sì da collocarsi in un'età precedente a Sabino. Ciò sarebbe coerente al quadro storico fornito dai formulari ri-

(76) Non solo nel senso di « profanatore di tombe », ma anche come semplice portatore di cadaveri; vd. *OLD.*, p. 2077; e in dottrina U. WESEL, *Vispellio*, in ZSS.80 (1963) R.A., pp. 392-394; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 310 n. 108.

(77) Per il MEDICUS il « *quod interest* » significherebbe in questo caso « dazwischensein », e si tradurrebbe nella differenza di valore tra schiavo acquistato come sano e schiavo in realtà viziato; *Id quod interest* cit., pp. 110-111; *contra* H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München (1969), Beck, pp. 63-66.

cordati da Varrone (78). La *conceptio* criticata, infatti, prevede direttamente come oggetto della promessa l'esistenza o l'inesistenza di alcune situazioni obiettive (79), il che la rende simile a quella raccolta da M'. Manilio (vd. *supra* Varr. *de re rust.* II,3,5).

La prospettiva da cui muove la critica dei *quidam*, quella dell'*impossibilium nulla obligatio est*, confermata dal collegamento palingenetico con D.50,17,31 (80), ci permette di chiarirne forse le ragioni: parlare infatti di possibilità e impossibilità di queste prestazioni rispetto all'obbligazione assunta dal debitore dimostra come i *quidam* in sostanza criticavano queste *conceptiones verborum* più antiche attraverso uno dei requisiti della prestazione, quello appunto della possibilità, elaborato proprio rispetto al *dare facere*. Essi valutano le situazioni obiettive oggetto della stipu-

(78) La contraria ipotesi dell'ARANGIO-RUIZ, il quale ritiene che « la critica alla prima formulazione veniva da giuristi di epoca avanzata (benché certamente classica) » (*La compravendita*[2] cit., II, p. 357) non tiene conto proprio della individuata diversità tra le *conceptiones* raccolte da M. 'Manilio e quelle in cui compare il *praestari* come verbo che esprime una serie di modi d'essere della cosa che si vogliono garantiti. In particolare, proprio i documenti della pratica richiamati dall'Arangio-Ruiz (*Tab. Herc.* 60; 61; vd. *supra*, pp. 133-134 n. 72), nei quali ricorre appunto il *praestari*, impongono di collocare i *quidam* in un'età nella quale: da un lato l'elaborazione di *conceptiones verborum* che versavano nella promessa *sic et simpliciter* i modi d'essere della cosa venduta che si volevano garantiti non corrispondeva più all'irrigidimento dell'interpretazione del *dare facere*, che esauriva nell'*intentio* della *formula* i possibili contenuti dell'*oportere* nato con la promessa; d'altro lato, il *praestari* non aveva ancora acquisito il ruolo di verbo idoneo ad esprimere prestazioni diverse dal *dare facere*, appunto di mera garanzia dell'esistenza o dell'assenza di situazioni obiettive. In questa prospettiva, si comprende bene la critica dei *quidam*, che accentua il profilo della difficoltà di considerare queste prestazioni validamente promesse in base al requisito della possibilità della prestazione, e non tanto in base a quello della personalità della stessa; di diverso avviso M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., pp. 26-27 n. 177.

(79) Vd. a riguardo le giuste precisazioni di F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano (1961), Giuffrè, p. 75; p. 161 e n. 23; p. 190; pp. 266-267. Il CANNATA parla di significato che comprende quello di « garantire il creditore con la propria rispondenza che accadrà tutto ciò che serve ad assicurare al creditore la propria soddisfazione »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III, § 13.

(80) Vd. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Graz (1960; rist. anast. ed. Leipzig 1889), II, col. 1170 n. 2286; vd. sul rapporto tra i due passi D. MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit* cit., in ZSS.86 (1969) R.A., pp. 94-95.

lazione con concezioni elaborate sul requisito della prestazione in termini di *dare* e di *facere*, che si dimostrano per quelle inutilizzabili proprio perché prestazioni di natura non 'comportamentale'. Valutandosi le situazioni promesse in questa prospettiva, i *quidam* concludono necessariamente per una « inutilità » della *stipulatio*, in quanto il promesso o è impossibile o è superfluo. Il comportamento del promittente non può, infatti, in nulla modificare il modo d'essere della *res* al fine di adeguarlo alla situazione promessa, ma semmai può, su un piano prenegoziale, fargli assumere l'onere di una sua verifica dettagliata per evitare eventualmente la conclusione della vendita (81).

La ragione della critica trova quindi origine nella maturazione di una concezione della prestazione emersa nella riflessione sul binomio *dare facere* (*non facere*) che ne accentua i profili di condotta dovuta del debitore, sconosciuta, almeno nella sua assolutezza, alla giurisprudenza che elaborò la *conceptio* criticata (82).

È allora necessario chiedersi se e per quale motivo questo tipo di critica, che sarebbe emersa nella giurisprudenza successiva a Manilio, ma precedente all'uso del *praestari* nell'Editto degli Edili Curuli e nei documenti negoziali del I-II sec. d.C., sia stata in qualche modo superata. La strada, indicata da Ulpiano, sembra collegarsi alla formalizzazione di queste prestazioni in termini di *praestari* (83). La traccia lasciata dal giurista severiano permette allora un'ipotesi. Il dubbio sulla 'utilità' della promessa avente ad oggetto queste prestazioni, dubbio che trova il proprio presupposto nell'acquisizione di una certa nozione di prestazione, potrebbe aver portato al riconoscimento di un tipo specifico di

---

(81) Secondo il Betti proprio il « potere di verifica e controllo », in astratto esercitabile dal venditore, conduce il compratore a pretendere l'obbligazione di garanzia; *Istituzioni* cit., II,2, p. 3.

(82) Vd. a riguardo le precisazioni di M. Talamanca, *Obbligazioni* cit., pp. 26-27 n. 176 e n. 177; Id., *Vendita* cit., p. 390 e n. 895.

(83) Il Kaser ritiene che l'inciso finale *alioquin/probavit* potrebbe far pensare ad una critica dei *quidam* anche a stipulazioni contenenti il *praestari* (*Die Stipulationsklausel* cit., p. 216). Questa interpretazione, in astratto possibile in base all'*et cetera* successivo alla *conceptio*, non tiene conto del fatto che il *praestari* è richiamato da Ulpiano *ad adiuvandum*, per rafforzare la sua critica all'interpretazione dei *quidam*.

prestazione che da quella nozione fuoriusciva. In particolare, la promessa di fatti obiettivamente rilevanti, di modalità d'essere della cosa venduta, viene ad agganciarsi al nuovo significato del *praestare*, che, superati i limiti visti nelle prime *conceptiones* che lo contemplavano (Varr. *de re rust.* II,4,5; II,5,11), viene ad esprimere non solo l'assunzione della condizione di 'garante' processuale, ma anche una garanzia in senso lato da parte del promittente dell'esistenza o meno di certe qualità e vizi. Questo sviluppo sembra riecheggiare nella controargomentazione di Ulpiano ai *quidam*, dove il giurista ritiene si debba comprendere se sia veramente possibile, ai fini della tutela giuridica, determinare patrimonialmente l'interesse sottinteso a queste promesse. A tal fine, il giurista ricorre all'argomentazione *a fortiori* del *praestari* contenuto nell'editto degli edili curuli, argomentazione che riflette l'acquisizione della centralità del verbo per esprimere queste prestazioni. Ciò non significa però che si debba confondere il contenuto dell'obbligazione con le conseguenze del suo inadempimento (84), in quanto, che questi interessi possano trovare una loro valutazione pecuniaria solo attraverso la determinazione degli effetti negativi che producono nel patrimonio dello stipulante, non deve essere d'ostacolo ad una loro percezione in termini di oggetto dell'obbligazione, riconoscendogli al contrario il significato di risarcimento del danno. Ciò che qui si promette non è il risarcimento del danno subìto dal compratore per l'esistenza del vizio o per l'assenza delle qualità garantite (85), ma proprio la loro esistenza o assenza, il che veniva sentito come un *praestari*. Nel caso in cui questo modo d'essere della *res* sia inesistente, allora viene in discussione quanto da ciò il compratore abbia subìto di danno, e questo diviene il corrispondente pecuniario dell'interesse tutelato (86).

---

(84) Ma vd. la diversa interpretazione di D. Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit* cit., p. 95; H. Honsell, *Quod interest* cit., p. 66; seguiti da R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 310.

(85) Per il Pastori, invece, i due profili si confondono: garantire una situazione obiettiva si può tradurre sul piano del comportamento dovuto, solo nel risarcimento del danno; *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana* cit., pp. 148-150; pp. 151-152 e p. 158.

(86) Si tratterebbe quindi di « obbligo primario » ; cfr. per tutti H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II. Römisches Privatrecht*, Berlin

L'inserimento nella *conceptio* del *praestari* rafforzerebbe per Ulpiano l'efficacia dell'impegno assunto, l'inadempimento del quale impone al venditore di farsi carico delle conseguenze dannose patite dal compratore, con ciò dimostrando di essere coerente con la sua interpretazione del verbo *praestare*: Ulp. « *haec verba 'REBUS RECTE PRAESTARI' hoc significant, ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret* » (79 *ad ed.*; D.50,16,71,1).

Il superamento dei limiti derivanti da una concezione della prestazione, forse condizionata da una certa interpretazione dell'*intentio* dell'*actio ex stipulatu*, potrebbe quindi passare attraverso sia un irrigidimento del significato che si riconosce al binomio *dare facere* della *formula*, sia una riconsiderazione del significato del *praestare*, come non assorbito in quel binomio, ma espressione di una particolare prestazione che permette di unificare sotto una prospettiva omogenea le garanzie che si sostanziano esclusivamente in situazioni inerenti la *res* venduta, e che quindi, indipendentemente dal comportamento del promittente, impongono in ogni caso uno *stare praes*, uno 'star garante', dello stesso.

4. *Il* praestare *nei nuovi rapporti obbligatori del* ius civile *e del* ius honorarium.

A. *Il* praestare *ed il problema dell'inadempimento.*

Oltre i primi usi del *praestare* nel senso di *stare praes* nelle *conceptiones verborum* predisposte dalla giurisprudenza cautelare del II-I sec. a.C., visti nel precedente capitolo in tema di garanzie della esistenza di certe qualità e dell'assenza di certi vizi della

(1928), Sack, pp. 238-239; G. Grosso, *Obbligazioni*[3] cit., p. 36-37; G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* cit., p. 221. Per il Pastori, modificando in parte una sua precedente interpretazione (vd. n. precedente), il rapporto tra questi due profili potrebbe riflettere l'eco di un'evoluzione storica: una concezione più antica, nella quale il *praestari* era sentito come prestazione nel senso di « star garante », e una concezione classica (seguita da Ulpiano), per la quale il verbo avrebbe significato in questi contesti il « risarcimento del danno »; *Appunti in tema di sponsio e stipulatio* cit., p. 266 e pp. 267-268; *Dare facere praestare* cit., in NNDI.5 (1960), p. 159.

cosa venduta, i *prudentes* ricorrono a questo verbo anche in relazione ai rapporti obbligatori tutelati nel nuovo *ius civile* e nel *ius honorarium*. Questi primi riconoscimenti sono oggetto di questo paragrafo, allo scopo di precisare, oltre che il significato che al *praestare* può in essi riconoscersi, anche le modalità e le ragioni di questo riconoscimento.

B. *La* sententia Publii Mucii *e il* praestari oportere *rispetto al perimento delle* res dotales *di Licinia: la* culpa Gracchi (D.24,3,66 pr.).

Attraverso un frammento della compilazione giustinianea possediamo una *sententia* di Publio Mucio Scevola, ricordata nei *posteriores* labeoniani epitomati da Giavoleno (Iav.l.6 *ex post. Lab.*) (87), nella quale si riconosce un *praestari* di Caio Gracco, in relazione al perimento delle *res dotales* di sua moglie Licinia:

D.24,3,66 pr.
In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit « quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent — ait — quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere ».

(87) Sulla complessa tradizione dei *posteriores* oltre a A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht* cit., t. A, pp. 69-81; P. Jörs, *M. Antistius Labeo*, in PW-RE.I,2 (1894), coll. 2552-2554; O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., coll. 299-300 n. 4; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt II. Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti* 1, Leipzig (1985; rist. ed. Lipsiae 1898), Teubner, pp. 160-181; H. Krüger, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *St. Bonfante* II (1930), pp. 329-331; A. Berger, *Contributo alla storia delle fonti e della giurisprudenza romana I.Intorno all'epitome giavoleniana dei libri 'posteriorum' di Labeone*, in BIDR.44 (1936-1937), pp. 91-130; S. Di Paola, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'Libri Posteriores' di Labeone*, in BIDR.49-50 (1947), pp. 277 sgg.; F. Schulz, *Geschichte* cit., pp. 257-258; e di recente Ch. Kohlhaas, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, (Diss. Freiburg.) Pfaffenweiler, 1986, Centaurus Verl.; su cui però le riserve di F. Sturm in *Iura* 37 (1986), p. 197; e D. Mantovani, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in *Labeo* 34 (1988), pp. 271 sgg.

La complessa tradizione del parere che ci interessa necessita alcune precisazioni al fine di individuarne se possibile l'originario contesto.

Che il passo sia tratto dalla serie-*Iavolenus* dell'epitome ai *posteriores* non sembra rendere evidente un intervento dello stesso Giavoleno, essendo i giuristi citati tutti precedenti a Labeone. Il problema allora si sposta sul rapporto tra Labeone, Servio e *sententia Mucii*. Il primo si rifa al secondo per definire il contenuto dell'*oportere* del *vir* rispetto alle *res dotales* di specie (« *praeter numeratam pecuniam* »).

La paternità serviana della regola « *dolum malum et culpam praestare oportere* », seppure dubitata (88), è ben spiegabile in base alla trattazione unitaria dell'istituto dotale da parte del giurista repubblicano (89). Servio Sulpicio Rufo doveva possedere già un cospicuo numero di responsi e poteva quindi disporre di un sufficiente materiale per riconsiderare il contenuto degli obblighi del marito. I *responsa* precedenti, tra cui per Servio è fondamentale la *sententia* di P. Mucio, portano a maturare per il singolo istituto giuridico un sufficiente livello d'astrazione, attraverso il quale è possibile tracciare le coordinate essenziali del suo *oportere*. Fin qui il rapporto tra Servio e P. Mucio.

Per quanto riguarda la parte del frammento che va da *nam is* a *praestari oportere*, dove si riporta il contenuto della *sententia*, bisogna fare alcune precisazioni:

1) si è affermato che « *statuit* » e « *ait* » sarebbero una tautologia, dovendosi quindi espungere l'uno (90) o l'altro (91). In

(88) Vd. gli autori citati in *Index Interpolationum*.

(89) C. Arnò, *Il nuovo regime dotale serviano*, in *St. Bonfante* I, pp. 83 sgg.; in particolare sul passo p. 89. Da questo *liber de dotibus* Labeone ha probabilmente tratto il responso di P. Mucio; F. Bona, *Sulla fonte di Cicero, de oratore 1,56,239-240 e sulla cronologia dei 'decem libelli' di P. Mucio Scevola*, in SDHI.39 (1973), p. 469-470 n. 143; lo Schiavone ipotizza una ulteriore mediazione attraverso i *libri 18 iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola; *Giuristi e nobili nella Repubblica romana*, Bari (1987), Laterza, p. 21.

(90) Questa è l'ipotesi del Mommsen nella *Editio maior* dei *Digesta* I (1870), p. 729.

(91) P. Bonfante, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, Milano (1963), Giuffrè (rist. I ed.), p. 454 che argomenta in base a sc. Ὅσα πράγματα a B.28,8,63 (Heimbach II, p. 289; Scheltema B, V, p. 1938).

realtà essi non hanno lo stesso significato: *statuere* ha nelle fonti giuridiche una portata specifica (92), ed in particolare esprime qui un parere di P. Mucio, un parere dato nello svolgimento della sua funzione di pontefice (93). Il fatto che dopo ricorra l'*ait* può significare che si sta citando letteralmente la *sententia Publii Mucii*. In sostanza si dice: 'Questa sentenza è di P. Mucio; infatti egli stabilì riguardo a Licinia moglie di Gracco: « ... *-ait-* ... »'. L'uso di *aio* conforta quindi un'impostazione che invece di svalutare il contenuto della *sententia* (94), accentui ed approfondisca l'uso delle parole che vi ricorrono, proprio perché espressione diretta della valutazione 'tecnica' del *pontifex maximus*;

(92) Vd. VIR. V coll. 673-674, che ne riconosce un terzo significato in « *constituo* » rispetto ad atti verbali o scritti dell'*imperator*, del *praeses*, del pretore, di chi abbia la *potestas* dei magistrati, del giudice, dell'*arbiter*, dei contraenti, del tutore e del curatore, del testatore, e dei giuristi (sebbene in quest'ultimi il verbo avrebbe un uso improprio); E. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts* cit., p. 553. *Statuo* quindi riconosce una certa capacità fondante a ciò che viene espresso; danno rilievo all'uso del verbo, ad es., S. Riccobono, *La definizione dello 'ius' al tempo di Adriano*, in BIDR.53-54 (1948), p. 80; G. Grosso, *P. Mucio Scevola tra il diritto e la politica*, in AG.175 (1968), pp. 208-209 [= in *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano (1976), Ed.Comunità, p. 110].

(93) Non si tratterebbe quindi di un *respondere* in un processo in corso come vorrebbe il Pernice (*Labeo* cit., A, p. 356 n. 56 e B, p. 308; vd. altresì Ch. Collinet, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Étude Geny* I, p. 12; estratto), ma del *respondere* che i pontefici esercitavano nei rapporti tra privati; Cic. *de leg.* II,23,58 *in fine*: « *statuit enim collegium* (sc.*pontificum*) »; Pomp. l.*sing. Ench.* (D.1,2,2,6) « *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesse privatis* »; sull'attività rispondente dei pontefici nei rapporti tra privati vd. F. Schulz, *Geschichte* cit., pp. 23-24 e pp. 47-48. Nel senso qui proposto A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln/Wien (1969), Böhlau, p. 47. Il significato del verbo contrasta invece con l'ipotesi del Wieacker, che pensa ad un parere dato nella discussione fatta in Senato sull'opportunità o meno di una « freiwillige Rückerstattung » alle mogli degli uccisi delle cose dotali; *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts*, in *Sein u. Werden im Recht. Festg. von Lübtow*, (1970), p. 212; opta per una *sententia* data « in veste di senatore durante una seduta del Senato » anche F. Bona, *Sulla fonte di Cicero* cit., in SDHI.39 (1973), p. 478.

(94) Così invece D. Daube, *Licinnia's Dowry*, in *St. Biondi* I (1965), p. 207; il Cannata ritiene che la *sententia* non possa considerarsi probante per P. Mucio, senza però approfondire le ragioni di tale assunto; *Sul problema della responsabilità* cit., in corso di pubbl. in *Iura* 43 (1992); 44 (1993), cap. III, § 13.

2) riguardo poi il tenore della *sententia* voglio soffermarmi sul ricorrere del *praestari oportere*, rimandando a dopo l'approfondimento del ragionamento muciano e del significato di *culpa*. A prescindere ora dal definire sopra chi ricadesse tale obbligo, la terminolgia usata da P. Mucio, uno dei giuristi che fondò il *ius civile*, non può lasciare adito a dubbi: si tratta di un'obbligazione civile (*oportere*) (95). Il fatto poi che si indichi un *praestari* in essa contenuto pone un problema di non facile soluzione.

Qual è il contesto e l'impianto interpretativo del parere muciano?

Anche per P. Mucio la prospettiva è quella dell'*actio rei uxoriae* come per Servio?

La questione si complica per la notizia di Plutarco (*C.G.* 17,5), dove si afferma che dopo l'uccisione di Caio Gracco, del suo collega Fulvio e degli altri 'sediziosi' (circa tremila), e dopo che essi furono gettati nel fiume, fu fatto divieto alle mogli di portare il lutto e « τὴν δὲ Γαΐου Λικιννίαν καὶ τῆς προικὸς ἀπεστέρησαν », cioè si privò Licinia, moglie di Caio Gracco, anche della dote (96). Il *kai*-rinforzativo permetterebbe di cogliere la portata limitata della privazione della dote (97), ponendo il problema della armonizzazione di questa notizia con la *sententia Mucii*.

(95) Non contraddice questa affermazione il fatto che nell'età di P. Mucio l'*actio rei uxoriae* fosse un *arbitrium* fondato sul *bonum et aequum* (cfr. Cic. *de off.* III,15,61), in quanto, se può ammettersi che originariamente le obbligazioni delle figure negoziali che successivamente daranno luogo ai *iudicia bonae fidei* (ed a quelle a questi assimilabili) non trovino tutela in termini di *oportere* (cfr. *supra*, I,2 sgg. e A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris (1954), Sirey, p. 44 n. 2; M. KASER, *Das römische Privatrecht* [2] cit., I, p. 484), una loro recezione nel *ius civile* in termini di *oportere* deve ammettersi già con l'emanazione della *lex Aebutia*. Cfr. in particolare contro il tentativo del MAGDELAIN di svalutare la tecnicità del termine come locuzione propria del *ius civile* (*op. ult. cit.*, p. 46; 46 n. 1 e 49-50; così anche F. STURM, *Oportere*, in ZSS.82 (1965), pp. 211 sgg.) le puntuali e convincenti osservazioni di G. PUGLIESE, Rc., in SDHI.20 (1954), pp. 377 sgg., in particolare pp. 380-381. Vd a riguardo anche M. KASER, *'Oportere' und 'ius civile'*, in ZSS.83 (1966) R.A., pp. 1 sgg.; le conclusioni a p. 46.

(96) Sul significato di « ἀποστερέω » il DAUBE ne accentua le possibili sfumature, che non necessariamente devono far pensare ad « a special act of confiscation », ma sono comunque legate ad « a refusal by the authorities to restore the dowry »; *Licinnia's Dowry* cit., p. 203; propenso invece ad accordare al verbo il significato tecnico di confisca W. WALDSTEIN, *Zum Fall der 'dos Licinniae'*, in *Index* 3 (1972), p. 359 n. 37.

I tentativi fatti ipotizzano una soluzione attraverso il rapporto temporale tra il parere del pontefice e la confisca anche dei beni dotali per Licinia: la *sententia* sarebbe stata data prima della *publicatio* dei beni di C. Gracco (98), o comunque, secondo alcuni, prima che Licinia si fosse resa colpevole contravvenendo al divieto di portare il lutto (99). Il problema secondo alcuni autori si intreccerebbe in ogni caso con la tutela dei diritti dei terzi in caso di '*publicatio bonorum*' ed in particolare con quelli della moglie rispetto alle cose dotali confiscate insieme ai *bona* del marito (100).

Si è detto che la *sententia* viene data su richiesta dell'avente interesse, cioè Licinia, dal *pontifex* preposto annualmente alle questioni dei privati (vd.Pomp. D.1,2,2,6). Tenuto conto di questo potrebbe essere falsante per comprendere il vero contesto en-

(97) Sulla esatta interpretazione di questo inciso vd. W. WALDSTEIN, *Zum Fall der 'dos Licinniae'*, in *Index* 3 (1972), p. 354; R.A. BAUMAN, *Five Pronouncements by P. Mucius Scaevola*, in RIDA.25 (1978), pp. 240-241; d'altronde già BALDUINUS accentua la diversa posizione di Licinia rispetto alle altre mogli degli uccisi, in quanto a lei non solo si vieta di portare il lutto, ma « etiam sua dote spoliata sit »; *Jurisprudentia muciana*, in *Jurispr. Romana et Attica* , (1738) t. I, col. 457.

(98) C. VAN BYNKERSHOEK, *Observ. juris romani*, in *Opera omnia*, Lugd. Batav. (1767) t. I, l. 3, p. 96; segue questa ipotesi A. GUARINO, *La coerenza di P. Mucio*, Napoli (1981), Jovene, p. 142.

(99) Questa è l'ipotesi di F. BALDUINUS, *Jurispr. muciana* cit., col. 457; seguita da CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, v. 25, Erlangen (1824), p. 119 n. 88 [= trad. it. v.23, p. 741 n. 88].

(100) A riguardo si accentua la regola contenuta in una fr. di Giuliano l. 16 *dig.* (D.24,3,31 pr.) in base alla quale: « *Si marito publico iudicio damnato pars aliqua bonorum eius publicetur, fiscus creditoribus eius satisfacere necesse habet: inter quos uxor quoque est* »; vd. F. BALDUINUS, *Jurisp. muc.* cit., col. 457. Il problema è stato di recente approfondito riguardo la possibilità che fosse operante già al tempo di Q. Mucio un tale principio; in senso negativo, ad es., F. WIEACKER, *Die römischen Juristen* cit., p. 212; in senso positivo con nuove argomentazioni W. WALDSTEIN, *Zum fall der 'dos Licinniae'* cit., pp. 348-352, dove però viene svalutata l'eccezionalità del provvedimento ricordato da Dione Cassio (*Rom. Hist.* XLIII,50,2) in base al quale, contrariamente a quanto era accaduto per le proscrizioni sillane, Cesare restituì alle mogli la dote; vd. esattamente F. WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 212; R.A. BAUMAN, *Five Pronouncements by P.Mucius Scaevola* cit., p. 240.

tro cui viene dato il parere, domandarsi se qui si sia di fronte ad una pretesa di Licinia nei confronti degli eredi di C. Gracco (101) o dell'*aerarium* (102).

Bisogna, infatti, rilevare due cose: da un lato il ricorrere nella *sententia* di un *praestari oportere*; d'altro lato la natura del responso, effetto dell'attività pontificale di P. Mucio. Si tratta quindi di precisare il contenuto di un'obbligazione civile, il che fa pensare più all'obbligo di restituire le cose dotali gravante sul marito dopo lo scioglimento del matrimonio, o sui suoi eredi in caso di morte, che ad un dovere di risarcimento da parte dell'*aerarium*. La prospettiva del pontefice, poi, dipende dal tenore della *quaestio* propostagli dal privato. Essa, in base alle parole a noi pervenute del *responsum*, doveva vertere solo sull'esistenza o meno di un *oportere* di restituzione per quelle *res dotales* che erano andate materialmente distrutte nella

(101) A riguardo non prende una precisa posizione C. van Bynkershoek, *Observ. juris rom.* cit., p. 96 che ritiene possibile l'alternativa « ab haeredibus Gracchi, vel a fisco dotem Licinniae praestari oportere », sempre in relazione all'ipotesi che il responso fosse stato dato « ante publicationem dotis », in quanto « post publicationem, nulla Licinniae actio »; vi propendono invece F.W. Tigerström, *Das römische Dotalrecht* I, Berlin (1831) [=Neudruck Aalen (1983), Scientia], pp. 331-332; M. Voigt, *Die 'Lex Maenia de dote'*, in *Festschr. Hänel* (1866), (estratto), pp. 60-61 n. 97, che ritiene che se la pretesa fosse stata nei confronti del fisco non avrebbe avuto alcuna importanza la *culpa Gracchi*; questo A. individua altresì i '*sui heredes*' di C. Gracco nel figlioletto e in Licinia stessa. Dubbioso A. Pernice, *Labeo* A, I cit., pp. 356-357 n. 56, che peraltro rileva come « nirgends aber ist gesagt, gegen wen sie (sc. die Dotalklage) sich richtete, ob gegen das Aerar oder den Erben des Gracchus, seinen unmündigen Sohn » e che se è inverosimile l'ipotesi del Voigt che Licinia agisse contro suo figlio, d'altronde « der Einfluss der Verwanten ist hier unberechenbar ». Si schierano per un'*actio rei uxoriae* contro gli eredi senza peraltro aggiungere nuovi argomenti V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 202; A. Guarino, *La coerenza di Publio Mucio* cit, p. 141.

(102) È l'antica ipotesi di F. Balduinus, *Jurisprudentia muc.* cit., col. 457, il quale peraltro considera il *fiscus* un quasi-erede (« Publicatis mariti bonis, fiscum, qui eius veluti haeres est, teneri dotem uxori restituere »); vd. altresì Chr. Fr. Glück, *Ausführl. Erläut. der Pandekten* cit., v. 25, p. 119 n. 88 [=v. 23 p. 741 n. 88]; L. Arndts, *Die 'lex Maenia de dote' vom Jahr des Stadt Rom 568*, in ZRG.7 (1868), pp. 18-19 n. 24; S. Solazzi, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello (1899), Lapi, pp. 151-152; D. Daube, *Licinnia's Dowry* cit., p. 202; W. Waldstein, *Zum Fall der 'dos Licinniae'* cit., pp. 352-355.

'sedizione' in cui C. Gracco era stato ucciso (103). P. Mucio come pontefice sarebbe stato chiamato a dare un proprio parere rispetto a questo punto specifico, essendo poi un problema del richiedente gli usi che del parere stesso si volevano fare, e i vantaggi che da esso si riteneva di poter indirettamente acquisire (ad es. nella valutazione dei propri interessi entro la procedura di confisca dei *bona*) (104).

(103) Il senso qui riconosciuto al « *perire* » è più coerente al « *diarpázō* » usato da Appiano (*Bell. civ.* I,26,119) per descrivere il saccheggio delle case sia di C. Gracco che di Fulvio (quest'ultima venne pure distrutta; Cic. *de dom.* 102) che all'« *aposteréō* » di Plutarco. Lo considerano in senso materiale già F. Balduinus, *Jurispr.muciana* cit., coll. 456-457; C. van Bynkershoek, *Observ. juris rom.* cit., p. 96; L. Arndts, *Die 'lex Maenia de dote'* cit., p. 19 n. 24; S. Solazzi, *La restituzione della dote* cit., p. 151; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 202; G. Grosso, *P. Mucio Scevola* cit., p. 207 [= p. 108]; ed ora F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* cit., II, p. 839.

(104) P. Mucio fu consultato in sostanza per sapere « se il credito della moglie esistesse, potendosi pensare che il perimento delle cose dotali avesse tolto di mezzo ogni obbligo di restituzione »; S. Solazzi, *La restituzione della dote* cit., p. 151. Di solito si sorvola sullo strumento processuale attraverso cui Licinia avrebbe potuto far valere contro l'erario il proprio credito nei confronti dei *bona* del marito confiscati; vd. per tutti W. Waldstein, *Bona damnatorum*, in PWRE. Suppl. X (1965), coll. 103-104; D. Daube, *Licinnia's Dowry* cit., p. 210; G. Grosso, *P. Mucio Scevola* cit., p. 207. I tentativi a riguardo non sembrano peraltro soddisfacenti: oltre ad ipotizzare un'*actio rei uxoriae* normale o *ficticia* si è anche pensato ad un'*actio ex stipulatu* (P.F. Girard, *La date de la loi Aebutia*, in ZSS.14 (1893) R.A., pp. 32-33 n. 3; Id., in ZSS.29 (1908) R.A., p. 117 n. 6); e ad una *condictio boni et aequi* analoga a quella ricordata in D.12,6,66 (S. Riccobono, *La definizione dello 'ius'* cit., p. 81). A mio avviso, se vi era possibilità al tempo di Licinia di vedersi risarcire dall'erario i debiti dotali del marito, essa era comunque legata da un lato alla particolarità degli effetti della *hostis iudicatio* (su cui vd. M. Fuhrmann, *Publicatio*, in PWRE.23.2 (1959), col. 2497) e dall'altro all'assenza in questo periodo di un sicuro riconoscimento dei crediti della moglie sulle cose dotàli nel caso di *publicatio* dei *bona* del marito (vd. le giuste osservazioni di R.A. Bauman, *Five pronouncements* cit., p. 240 alla tesi di W. Waldstein, *Zum Fall der 'dos Licinniae'* cit.). L'ipotesi del Wieacker, infine, se è nel giusto quando nega che il responso sia stato dato con riguardo ad un concreto *iudicium* che vedeva contrapposti Licinia e il *populus* (attraverso un'azione *rei uxoriae* sia normale che *ficticia*), non convince rispetto al contesto entro cui la *sententia* sarebbe stata data, cioè la discussione in Senato sull'opportunità o meno di concedere la 'restituzione' dei beni dotali alle mogli degli uccisi; *Die römischen Juristen* cit., p. 212; a ciò infatti potrebbe ostare la tecnicità delle parole usate dal pontefice che se non sono espressione di un responso giudiziale, sono comunque dirette a *statuere* un *praestare* interno all'*oportere* del marito.

Chiarito il contesto generale della *sententia*, bisogna ora precisarne l'impianto interpretativo e la logica interna.

Una volta sgombrato il campo dalla prospettiva falsante del responso giudiziale, nessun problema sembra porsi per la determinazione dell'impianto interpretativo su cui il pontefice valuta l'obbligo di restituzione. Esso era quello della formula dell'*actio rei uxoriae* (105), che dopo aver descritto nell'*intentio* l'oggetto dell'*oportere* del marito in termini di « REDDERE » ne informa la *condemnatio* al « QUOD EIUS 'AEQUIUS MELIUS' ERIT, EIUS IUDEX Nm. Nm. Aae. Aae CONDEMNATO S.N.P.A. » (106). In sostanza, seppure non entro una questione attinente ad un concreto *arbitrium rei uxoriae*, P. Mucio, posto di fronte alla questione se dato il perimento delle *res dotales* nella sedizione, vi sia ancora un *reddere oportere*, fonda il suo responso pontificale non su astratte valutazioni di opportunità, come qualcuno ha detto, che tenessero conto della parentela che lo legava a Licinia, ma sull'*interpretatio* della formula dell'azione che tutelava l'obbligazione di restituzione della dote (107).

Passiamo ora all'approfondimento del contenuto della *sententia* riportata a mio avviso letteralmente: « *quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, -...- quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oporte⟨t⟩[re]* ».

La proposizione introdotta da *quod* individua la premessa di fatto su cui verte la questione giuridica dell'attuale o meno esi-

(105) Sull'età di questa azione la dottrina concorda per il II sec. a.C.; cfr. M. Lauria, *La dote romana*, Napoli (1938), Itea, pp. 26 sgg.; C.A. Cannata, *Dote (dir. rom.)*, in ED.XIV (1965), p. 4; A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'* cit., pp. 135-137.

(106) Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., pp. 295-296; per il Magdelain, invece, l'*aequius melius* era inserito nell'*intentio*; *Les actions civiles* cit., pp. 88-91; seguito da G. Broggini, *Iudex arbiterve* cit., p. 208.; ma vd. a riguardo la giusta critica di M. Kaser, Rc. Magdelain, in ZSS.71 (1954) R.A., p. 438 n. 25; sul punto ora A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der a.r.u.* cit., pp. 137-140.

(107) Non si sarebbe trattato, però, di una vera e propria scelta del pontefice (il Wieacker ritiene invece che P. Mucio « die Anwendung der Grundsätze der 'actio rei uxoriae' als angemessen und billig empfahl »; *Die römischen Juristen* cit., p. 213) quanto di una via obbligata per un'*interpretatio* del *ius*.

stenza di un *reddere oportere*: « riguardo al fatto che le cose dotali fossero perite in quella sedizione nella quale Gracco era stato ucciso » (108).

La conclusione della '*sententia P. Mucii*' (*Licinniae praestari oportere*), come già detto, riconosce l'esistenza di una obbligazione civile, che non ha più, però, come oggetto il *reddere* stesso, ma il *praestari*. Ciò è dovuto al fatto che parlare di un obbligo alla restituzione non era più possibile dato il perimento materiale delle *res dotales*. Il riconoscimento di una obbligazione avente come oggetto il *praestare* viene proprio a descrivere, in modo tecnico, la posizione del marito dopo l'impossibilità del *reddere*. Anche qui il *praestare* nel senso di *stare praes* si collega ad una situazione obiettiva già verificatasi, cioè il perimento delle *res dotales*, il che si traduce processualmente nella condanna alla corresponsione del loro equivalente in denaro.

A differenza degli usi visti nei due precedenti paragrafi, però, in questo caso il procedimento logico del giurista segue una strada inversa, in quanto a fronte di una obbligazione civile di *reddere*, di cui egli giudica ciò che di questo *oportere* « sarà più equo e più buono », riconosce, interpretando il contenuto dell'obbligazione stessa, un *praestari* dell'obbligato solo una volta resasi impossibile la restituzione per una sua colpa. Questo riconoscimento è quindi conforme al significato più ampio con cui il verbo viene usato per esprimere ogni tipo di garanzia della cosa venduta nelle *conceptiones verborum*, ma lo è in una prospettiva diversa, effetto in questo caso di un riconoscimento nell'*oportere* di un *praestari* come conseguenza della mancata restituzione.

A riguardo, infatti, lo *stare praes* non è fin dall'inizio la « posizione » che il contraente promette di assumere, come nelle *stipulationes* viste nei precedenti paragrafi, ma lo diventa solo dopo l'impossibilità di *reddere*, in base a modalità dell'accaduto

(108) La proposizione con *quod*+cong. imperf. esprime l'*oratio obliqua* che, rispetto al contenuto della *quaestio* proposta, assume la prima parte del parere, dove si riporta il fatto rilevante; cfr. per quest'uso M. Leumann-J.B. Hofmann-A. Szantyr, *Lateinische Grammatik* II, München (1965), Beck, p. 574.

che vengono ritenute rilevanti. Ed è in questo punto che le due prospettive, quella romana e quella moderna, sembrano inserire un elemento di differenziazione. Mentre per noi il riconoscimento della soggezione del debitore andrebbe visto come un qualcosa di esterno dall'obbligazione primaria, per i romani, invece, il *praestare* si sovrapporrebbe alla prestazione iniziale, rimanendo però interno all'*oportere* primario, su cui si fonderà poi la *condemnatio*.

La sovrapposizione del *praestare* al *reddere* nella *sententia* di P. Mucio trova, d'altronde, il suo fondamento proprio nell'« *aequius melius* », attraverso il quale si guarda all'obbligazione del marito, a condizione però che siano presenti certi presupposti che rendano appunto « più equo e più buono » il corrispondere ugualmente il valore delle *res* perite, sebbene il *reddere* sia oramai impossibile. In sostanza P. Mucio, attraverso una interpretazione del contenuto della obbligazione del marito, viene a considerarlo tenuto non solo a restituire le cose dotali, ma anche a garantire che esse non periscano per una sua colpa.

Veniamo quindi alla motivazione della *sententia*: si riconosce un *praestari oportere* « perché quella sedizione era stata fatta *culpa Gracchi* ».

Solitamente, si accorda alla parola *culpa* un significato non tecnico (109), in quanto non si potrebbe certo dire che la sedizione era stata fatta per una negligenza di C. Gracco (110). Ma a prescindere dal fatto che proprio il particolare valore semantico che la parola qui assume, allontanandosi dai significati che gli saranno propri in seguito, esclude una qualsiasi ipotesi d'interpolazione (111), si dimostra altresì scorretto metodologicamente considerare non tecnico un significato di *culpa* solo perché diverso da un modello colpa = mancata diligenza che come tale sarà acquisito solo in epoche successive.

Il fatto che qui il pontefice parli di una *culpa* è sintomo del riconoscimento di un *culpare*, e quindi di un porre a carico di C. Gracco l'accaduto (112). Parlare a riguardo di comportamento doloso in quanto collegato ad una « *criminal activity* » (113) non tiene conto del fatto che qui la valutazione della condotta graccana assume rilevanza non in quanto tale, ma in relazione alla successiva *seditio* in cui sono perite le *res dotales*. In questa prospettiva non si può certo dire che Gracco, se anche abbia volontariamente sollevato i *populares*, abbia anche intenzionalmente determinato il *tumultus populi* successivo a questa sollevazione, e nel quale lui stesso fu ucciso (114).

P. Mucio considera C. Gracco in colpa, esprimendo così una valutazione riprovevole della sua condotta — così come era già avvenuto in relazione a Tiberio Gracco — che non poteva qualificarsi dolosa rispetto al perimento delle *res dotales* (115). Proprio l'individuazione di una *culpa Gracchi* permette di porre a suo carico l'accaduto, riconoscendosi un *praestari* interno al suo *oportere* che si sostituisce al *reddere* oramai impossibile (116).

(109) W. Kunkel, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., p. 290 n. 2; S. Riccobono, *La definizione dello 'ius'* cit., p. 81; M. Fuhrmann, Rc. a H.J. Mette, *Ius civile..*, in ZSS.72 (1955) R.A., p. 389 n. 6; Th. Mayer-Maly, Rc., in ZSS.85 (1968) R.A., p. 550.

(110) Il fatto che non sia individuabile un suo dolo non deve, infatti, portare a riconoscere al *culpa* qui utilizzato un esclusivo significato di « Fahrlässigkeit » (vd. invece I. Molnár, *System der Verantwortung* cit., in BIDR.92-93 (1989-1990), p. 583), in quanto, come si vedrà, il modello *culpa* = negligenza potrebbe non essere la prospettiva di P. Mucio, in un'età, cioè, in cui la *culpa* potrebbe non avere maturato un tale legame semantico.

(111) Peraltro proposta, se ho visto bene, solo da H.H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in ZSS.65 (1947) R.A., p. 148.

(112) Vd. su *culpa-culpare* S. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., pp. 106-107.

(113) D. Daube, *Licinnia's Dowry* cit., p. 210.

(114) Notava già il Balduinus: « Minime certe voluit Gracchus domum diripi »; *Jurisp. muc.* cit., col. 457 in fine.

(115) Vd. in questo senso H.J. Mette, *Ius civile in artem redactum*, Göttingen (1954), Vandenhoeck & Ruprecht, p. 9 n. 11; G. MacCormack, *Culpa* cit., in SDHI.28 (1972), p. 160; Id. *Dolus in Republican Law*, in BIDR.88 (1985), pp. 25-26.

(116) Per il Wieacker la soluzione sarebbe un'adozione implicita della dottrina del '*versari in re illicita*'; *Die römischen Juristen* cit., p. 213; si è anche parlato in un'accezione più ampia di « imputabilità alla volontà » (A. Guarino, *La coerenza di P. Mucio* cit., pp. 144-145). P. Mucio userebbe qui *culpa* in quanto il suo giudizio sulla condotta di C. Gracco è sfavorevole, seppure essa non possa qualificarsi

Ciò che si dimostra particolarmente significativa è, poi, l'estensione dell'analisi 'causale', che non si ferma per giudicare l'inadempimento dell'obbligazione di restituzione a quei fattori che direttamente determinano il perimento delle *res dotales*, seppure essi possano considerarsi come fattori irresistibili (117), ma valuta anche i comportamenti del debitore che solo indirettamente possano a questi collegarsi (118). Per riconoscere il *praestari oportere*, d'altronde, non basta individuare un nesso di causalità tra la condotta di C. Gracco e il perimento, in una prospettiva di causalità quale *condicio sine qua non* (119), ma bisogna che la prima sia ascrivibile a *culpa*, in quanto, sebbene non dolosa, è comunque degna di essere rimproverata.

Si è pensato, a riguardo, che vi sarebbe nel responso del pontefice una prima trasposizione del criterio della colpa maturato nell'interpretazione della *lex Aquilia* (120). Più precisamente si è cercato di approfondire una tale ipotesi tenendo conto che seppure le *res dotales* da restituire non sono *res alienae*, il *dominium* su di esse da parte del marito sembrerebbe 'funzionale' all'esistenza del legame matrimoniale, e che proprio la trasforma-

come *dolus* rispetto al perimento delle *res dotales*; vd. anche S. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 127.

(117) Il *tumultus populi* è uno dei casi di *vis*; vd. D.50,17,23. Cfr. K.L. Streicher, *Periculum dotis* cit., p. 29; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema* cit., II, p. 839.

(118) Cfr. A. Pernice, *Labeo* B,II, p. 309. Il Giaro ritiene, senza però un adeguato approfondimento del passo, che il parere di P. Mucio sarebbe l'esempio più antico dello schema retorico della cd. *culpa praecedens*; *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warsawa (1982), p. 170; il Nörr richiama D.24,3,66 pr., come uno degli esempi che confermano la notizia di Cic. *Top.* 17,65, sulla *subtilitas* dei giuristi nell'analisi delle *causae* nei *iudicia bonae fidei*; *Causa mortis*, München (1986), Beck, p. 165.

(119) Al contrario Balduinus sembra ritenere equivalenti i concetti di *culpa=causa*; « P. Mucius Gracchi culpa esse ait, quia auctor ille fuit eius tumultus, in quo res illae perierunt... sed ut ea (sc. domus) diripetur, causam dedisse sua seditione videtur »; *Jurispr. muciana* cit., col. 457.

(120) Cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 202; C.A. Cannata, *Per lo studio della resp. per colpa* cit., p. 270; Id., *Una casistica della colpa* cit., in SDHI.58 (1992), p. 430.

zione della funzione dell'istituto — da sostegno degli *onera matrimonii* a strumento per il mantenimento della moglie dopo sciolto il matrimonio (121) — avrebbe rafforzato la particolare posizione della moglie rispetto a questi beni (122).

Una tale lettura spiegherebbe, certo, il fatto che il perimento fortuito delle *res* non sia posto a carico del marito, sebbene questi ne sia formalmente *dominus*, ma al contrario sia accollato alla moglie in quanto appunto *res uxoriae*. La *sententia Mucii* tenderebbe, in sostanza, a giudicare in modo particolarmente attento la posizione del *vir* rispetto alla conservazione dei beni dotali, proprio in quanto la valutazione del suo *reddere oportere* non era fatta alla luce del suo *dominium* sulle *res* da restituire (123) — il che avrebbe probabilmente portato ad un *praestari oportere* più esteso del solo *culpam praestare* —, ma in funzione di un'aspettativa della moglie alla restituzione che si atteggia in modo più intenso di un normale diritto di credito. D'altro canto, l'analogia con la regola maturata nell'interpretazione della *lex Aquilia* non è del tutto calzante, in quanto nella fattispecie aquiliana l'indagine della condotta non è estesa ai comportamenti che indirettamente hanno causato un danno, come invece nell'ipotesi in esame (124).

Più opportunamente bisogna ritenere che l'obbligazione civile di *reddere*, proprio perché riferita a cose formalmente proprie, ma nella sostanza *res uxoriae*, poteva, per P. Mucio, trasformarsi, data l'impossibilità sopravvenuta di *reddere*, in un *praestari*, solo a condizione di individuare una *culpa* che avesse portato, anche se indirettamente, al perimento.

(121) Vd. a riguardo le sintetiche considerazioni di C.A. Cannata, *Dote* cit., pp. 1-2.

(122) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] I, p. 340; A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der a.r.u.* cit., pp. 47-48.

(123) Il Riccobono parla di « indebolimento » della stessa concezione del *dominium* quiritario; *La definizione dello 'ius'* cit., pp. 81-82.

(124) Cfr. le giuste osservazioni di K.L. Streicher, *Periculum dotis* cit., p. 29. Sui problemi della causalità indiretta nell'interpretazione della *lex Aquilia* vd. D. Nörr, *Causa mortis* cit., pp. 129 sgg.

C. *Il* praestare *del venditore in relazione ai suoi comportamenti* in contrahendo *contrastanti con la* fides bona.

a) La reticenza intenzionale e il riconoscimento di un *praestari* del venditore: la *sententia* di Catone *pater Uticensis* (Cic. *de off.* III,66).

Se la sentenza pontificale di Publio Mucio è data in rapporto ad una *formula* dove l'*oportere* viene valutato in termini di « *QUOD AEQUIUS MELIUS ERIT* » (125), il *de officiis* ciceroniano ricorda, invece, un *arbitrium* in relazione ad un *oportere ex fide bona*. Data la fonte da cui questo è tratto, si rendono necessarie alcune considerazioni legate al rapporto con il contesto del discorso stoico nel quale è richiamato.

Il terzo libro del *de off.* si prefigge lo studio del contrasto tra l'utile e l'onesto (126), peraltro negato da alcune scuole filosofiche (127). Nello svolgimento di questo tema Cicerone ricorda la seguente *formula* come principio della *societas generis humani*: « *Detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodo augere magis est contra naturam quam mors...* » (III,4,21). L'*utilitas* del singolo non deve perseguire che l'*utilitas universorum*, pena la *dissolutio* della *humana consortio* (III,6,26). Il problema si sposta sulle cause che possono in qualche modo turbare gli animi nel perseguimento di apparenti utilità (III,10,40 sgg.), come, ad es., il favorire un amico nella causa in cui si sia *iudex* (43-45). Trattando di ciò che è *turpe*, in quanto giammai utile (III,12,49), l'Arpinate concentra l'attenzione sulle contrapposte posizioni di Diogene da Babilonia (ambasciatore a

(125) Cic. *de off.* III,15,61 distingue tra *iudicia legitima* (es. giudizio in base alla *lex Plaetoria*) e *iudicia sine lege, in quibus additur 'ex fide bona'*. L'*arbitrium rei uxoriae*, nel quale non è aggiunto '*ex fide bona*' ma '*aequius melius*', si affianca ai secondi, ma non vi si identifica (*Reliquorum autem iudiciorum...*); vd. A. MAGDELAIN, *Les actions civiles* cit., p. 44; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der 'bonae fidei iudicia*, in ZSS.80 (1963) R.A., p. 4.

(126) Cfr. Q. CATAUDELLA, *Sulle fonti del 'de officiis di Cicerone'*, in *Atti I. Congr. Studi Cicer. (1959)*, Roma (1961), II, pp. 479-491; P. FEDELI, *Il 'De officiis' di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in ANRW.I,4 (1973), pp. 357 sgg., dove si valuta lo stato della discussione.

(127) Vd., ad es., la posizione dei Peripatetici; Cic. *de off.* III,3,11.

Roma nel 156 a.C. insieme a Carneade e Critolao) e di Antipatro di Tarso (suo scolaro e maestro di Panezio). Il primo ritiene, ad es., che il venditore non commetta alcuna ingiustizia nel vendere avendo dichiarato solo i vizi che il *ius civile* pretende siano dichiarati (III,12,51). Antipatro gli contrappone la tesi dell'*utilitas communis*, fondamento della *societas humana* (III,12,52). La replica di Diogene distingue tra il *celare* ed il *tacere*, non implicando il secondo alcun aspetto riprovevole. La discussione tra i due Stoici tocca proprio un punto nodale della vendita, il rapporto tra la correttezza del venditore e il valore dello scambio diretto al massimo profitto. Antipatro ritiene che il tacere eventuali difetti della cosa sia addirittura più grave del non mostrare la via a chi si è perso (128), perché non è altro che « *scientem in errorem alterum inducere* » (III,13,54). Diogene replica nuovamente che il venditore non ha fatto che vendere ciò che non desidera più possedere, mentre il compratore l'inverso. D'altronde — continua — sarebbe da stolti vendere dichiarando i *vitia* come, ad es., il venditore che faccia dire al banditore d'asta: « *Domum pestilentem vendo* » (III,13,55). La questione stoica, in definitiva, verte sulla doverosità o meno di dichiarare sempre e comunque tutte le qualità, e tutti i vizi della cosa venduta (129).

In questo contesto Cicerone inserisce alcuni esempi tratti dall'esperienza giudiziaria romana, nei quali si rende evidente l'immoralità di certe condotte non sempre sanzionate giuridicamente (130). Si ricorda il famoso caso di Canio, cavaliere romano,

(128) Condotta omissiva sanzionata nel diritto attico.

(129) Il PEZZANA ritiene possibile dedurre da queste considerazioni elementi utili per la ricostruzione del problema giuridico dei vizi della cosa venduta; *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, in BIDR.62 (1959), pp. 191-194.

(130) Sui vari es. ciceroniani in relazione al ruolo della *fides bona* nella vendita cfr. le fondamentali considerazioni di A. BECHMANN, *Der Kauf* cit. I, pp. 647-655. Sulla problematica del « silenzio » negli « esempi » ciceroniani del *de officiis* vd. ora M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano (1982), Giuffrè, pp. 82-83; ID., *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del 'de officis': ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale*, in *St.Biscardi* III (1982), pp. 75-99; vd. sul libro della Goretti la segnalazione di L. SOLIDORO, in *Labeo* 29 (1983), pp. 354-355.

frodato attraverso uno stratagemma da *Pythius* argentario in Siracusa (III,14,58-60). Prendendo spunto da questo esempio Cicerone esprime la massima: « *Tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* » (III,15,62).

La trattazione continua contrapponendo all'agire turpe, l'essere *vir bonus* (III,15,64), concetto proprio della riflessione stoica sul '*bonum agere*' (131), che introduce l'apprezzamento per l'obbligo del venditore di immobili (*de iure praediorum*; III,16,65) (132), sanzionato dal *ius civile* romano, di dichiarare tutti i vizi. Tale *oportere*, dice Cicerone, sarebbe stato introdotto dalla *iurisprudentia*, in un certo qual modo estendendo alla *reticentia* ciò che in base alle XII *tab.* era valido per le *nuncupationes* fatte nella *mancipatio* (133). I giuristi in sostanza avrebbero riconosciuto tra gli obblighi del venditore quello di dichiarare al compratore tutti i vizi di cui fosse a conoscenza: « *si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* » (III,16,65). Ciò che l'Arpinate vuole accentuare all'interno del discorso stoico, sul rapporto 'utile/onesto', sono le coincidenze tra questo rapporto ed il passaggio dall'obbligo di rispettare la parola data nella *mancipatio* (*nuncupationes*), a quello di non tacere eventuali vizi della cosa venduta nella tutela attraverso l'*actio*

(131) Vd. sul punto M. Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen (1959), Vandenhoeck & Ruprecht, cito dalla trad. it. Firenze (1967), La Nuova Italia, I, pp. 309-318.

(132) Così A. Bechmann, *Der Kauf* cit., I, p. 653. Il Pernice ritiene ipotizzabile che tale obbligo fosse stato riconosciuto per la vendita di tutte le *res mancipi* in base a Cic. *de off.* III,91 e *de orat.* I,178, dove si parla di « *in mancipio* »; *Labeo* cit., B, pp. 84-85 n. 40; sul significato di *mancipatio* che si deve riconoscere all'affermazione ciceroniana L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, Milano (1969), Giuffrè, pp. 313-315.

(133) Sul rapporto nella testimonianza ciceroniana tra regola delle XII tav. relativa alla *mancipatio* e nuovo obbligo sorto nel regime della vendita consensuale vd. P.F. Girard, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction* cit., in RHD.6 (1882), pp. 180 sgg. in particolare 193 sgg.[= *Mélanges* cit. II pp. 19 sgg.]; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., pp. 6-9; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*[2] cit., II, p. 354; H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., pp. 62-63; N. Bellocci, *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana I.Le 'nuncupationes'*, Napoli (1979), Jovene, pp. 95 sgg.

empti di buona fede, in quanto sintomo della intenzione malevola di raggirare il compratore.

A questo punto viene ricordato il caso del monte Celio che sembra fornire, data anche la corrispondente notizia di Val. Max. (VIII,2) (134), un esempio paradigmatico nella tradizione romana di questo passaggio (135).

De off. III,16,66 Atzert
Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedis in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam, emit P. Calpurnius Lanarius: huic ab auguribus illud idem denuntiatum est; itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedis postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussu, arbitrum illum adegit, « QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA ». M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater; ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus. is igitur iudex ita pronuntiavit: « cum in vendundo rem ea scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere ». Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor.

La controversia dovrebbe essersi verificata alla fine del II sec. a.C. (136). Gli auguri ordinano ad un certo *Claudius Centu-*

(134) « *Cl.Centum. ab auguribus jussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, submittere quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calp. Lanario nec indicavit quod imperatum a collegio augurum erat. A quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem incliti Catonis patrem arbitrum Claudio addixit formula 'QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA'. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum damnavit. Summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet* ».

(135) Vd. E.I. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin (1871); [rist. Aalen (1970), Scientia], pp. 163-164.

(136) Catone padre dell'Uticense muore infatti nel 91 a.C.; vd. F. Miltner, *Porcius*, in PWRE XXII,1 col. 166.

malus di demolire le parti più alte di una sua casa sita sul monte Celio, date le difficoltà che queste creavano ad assumere gli auspici (137). *Centumalus* decide allora di mettere all'asta l'*aedes* (arg.*ex 'proscripsit'*) (138), che viene quindi acquistata da Calpurnio Lanario. Gli auguri reiterano il *iussum demolendi* e Calpurnio subisce la parziale demolizione. Egli decide allora di intentare contro il venditore l'*actio empti* di buona fede (139). La

(137) Sulla competenza esclusiva in materia di questo collegio vd. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino (1960), Giappichelli, p. 291. Sugli effetti dell'ordine augurale si opta solitamente per una sua vincolatività giuridica; vd., ad es., F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Bari (1936), pp. 74-77; A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., in BIDR. 62 (1959), p. 129; ed ora M. PENNITZ, *Der 'Enteignungsfall' im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien/Köln/Weimar (1991), Böhlau, pp. 63-66. Che, poi, la demolizione non fosse per l'intera costruzione si deduce: 1) dall'uso del plurale (*demoliri ea, quorum altitudo...*) a fronte del singolare *aedes* e *insula* (cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 212); 2) dal passo di Val. Max. dove si dice espressamente che il *iussum augurum* imponeva di « *altitudinem domus... submittere* ». Il PENNITZ pensa a « piani » della costruzione successivamente aggiunti all'edificio già esistente, *op. ult. cit.*, p. 66. Si deve a riguardo tener conto che solitamente le pareti interne ed esterne dell'ultimo piano delle *insulae* era costruito in legno.

(138) Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., pp. 134-135; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion* cit., p. 105; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita* cit., pp. 66-67.

(139) Lasciate da parte le ipotesi che ritengono in realtà trattarsi di un'azione nascente dalla *mancipatio* (l'*actio auctoritatis* per F. HAYMANN, Rc. a MONIER, in ZSS.51 (1931) R.A., p. 475; una particolare azione per i vizi per MONIER, *La garantie* cit., pp. 7 sgg.) perché riposano su un equivoco interpretativo del § 65 (vd. sopra n. 132 e *infra* n. 148), dubitare che qui si parli effettivamente di un'*actio empti* non può fondarsi su una presunta particolarità della procedura usata (M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., pp. 237-238), riflessa nell'espressione « *arbitrum adigere* ». Al contrario siamo qui di fronte ad un *arbitrium bonae fidei* (di cui si riporta l'*intentio* della *formula*) che dà tutela ad un *oportere ex fide bona*; cfr. nel senso qui seguito già G.F.M. DE CAQUERAY, *Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron*, Paris (1857); [rist. Aalen (1969), Scientia], p. 493; A. BECHMANN, *Der Kauf* cit. I, p. 654; A. PERNICE, *Labeo* B, II, cit., p. 85; B. KÜBLER, *Über die Bedeutung von 'iudicium' und 'formula' bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit*, in ZSS.16 (1895) R.A., p. 152; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh (1958), Oliver Boyd, p. 8; A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., in BIDR.62 (1959), p. 189 n. 19; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 223 sgg.; pp. 226-227; W. SELB, *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Studien zum Formelaufbau* I, Wien/Köln/Graz (1974), Böhlau, p. 33.

fase *apud iudicem* viene riassunta di fronte a Catone *pater Uticensis*, della sentenza del quale viene ricordato l'originale dispositivo (140). Il contenuto di essa dimostra lo sforzo del giudicante di indicare i « fatti decisivi » della sua decisione (141) che portano ad individuare nella condotta del venditore un qualcosa di decisivo ai fini della sua *condemnatio*. Il fatto che si debba valutare il contenuto dell'obbligazione del venditore in base alla *fides bona*, permette di riconoscere, a fronte del *dare* e del *facere* della *intentio* dell'azione, un suo *prestari* anche rispetto a comportamenti scorretti posti in essere nella fase delle trattative. Il tacere circostanze inerenti la cosa venduta di cui si era *sciens* contrasterebbe, in particolare, con un comportamento ispirato a questo criterio, soprattutto se tali circostanze siano tali da diminuire il suo valore. Ciò porta il *iudex/arbiter* a riconoscere uno *stare praes* del venditore, in relazione ai danni che per la sleale reticenza il compratore ha subìto. In sostanza qui non si segue la strada dell'« annullamento » del contratto (come, ad es., nel Cc. it. 1942 art. 1439), ma quella del riconoscimento di un *praestari oportere* del venditore.

La dottrina non si è mostrata immune a riguardo da letture

(140) Il BESELER accentua l'uso dell'arcaico « *in vendundo* »; *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in BIDR.39 (1931), p. 331; il PERNICE la tecnicità della formulazione; *Labeo* cit., B., p. 85. Si ritiene, d'altronde, che seppure questa sentenza contenga una descrizione del fondamento del giudizio, nel processo formulare non esistesse un vero e proprio dovere di motivazione per il giudice privato; vd. le considerazioni di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma (1963), Ed. Ricerche, pp. 435-436 e n. 338; K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozeß*, in RIDA.18 (1971), p. 743; *contra* N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *St. Parmensi* 33 (1983), pp. 235-236.

(141) G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 436 n. 38; riguardo l'ulteriore problema di « come il giudice si fosse convinto di questi fatti, per es. della mancata comunicazione al compratore dell'ordine emanato dagli auguri » (*ibid.*) bisogna tener conto sia del fatto che la vendita era avvenuta con la procedura d'asta, sia dell'affermazione che si incontra in Val.Max. in base alla quale Catone decide per la *condemnatio* di *C. Centumalus* « *ut est 'edoctus' de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse* ». L'uso di *edoceo* al passivo farebbe pensare proprio all'acquisizione delle informazioni necessarie, attraverso le quali il giudice viene a conoscenza dello stratagemma del venditore, il che era reso possibile ed anzi agevole dalle modalità dell'offerta d'asta attraverso cui si è conclusa la vendita.

modernizzanti, traducendo il *damnum praestari oportere* in termini di risarcimento del danno, di *Schadenersatz*, nel senso di obbligo secondario conseguente all'inadempimento dell'obbligo primario di menzionare i vizi (142). La prospettiva romana è in realtà diversa, in quanto riconosce nel *praestari*, che si sovrappone al *dare* e al *facere* della *intentio*, comunque un *quid* interno all'*oportere* primario che lega il venditore al compratore, e tutto ciò attraverso l'interpretazione del contenuto dell'obbligazione di buona fede che lega il primo al secondo anche rispetto a comportamenti posti in essere prima della conclusione del contratto (143). Il *iudex/arbiter* in sostanza, condizionato dalla funzione della *condemnatio* pecuniaria, indicherebbe con *damnum* ciò di cui si « deve essere garanti », si deve « rispondere ». La condanna è possibile proprio perché si è riconosciuto preventivamente uno *stare praes* del venditore rispetto all'accaduto, il che è espresso non incidentalmente proprio con il passivo (*praestari oportere*). L'inadempimento dell'obbligazione di comportarsi secondo buona fede anche durante le trattative sembra impedire, una volta concluso il contratto, un'impugnazione del contratto

(142) Vd. per es. A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., in BIDR.62 (1959), p. 189; K. Visky, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozeß*, in RIDA.18 (1971), p. 743; H. Honsell, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift Kunkel* (1984), p. 57.

(143) Contro la qualifica da me data dell'*oportere* in 'primario', potrebbe richiamarsi la *regula* dei *veteres* ricordata da *Gai.* 3,180, in base alla quale una volta avvenuta la *litis contestatio* (come nel caso risolto da Catone padre dell'Uticense) non si tratti più di *qq. dare facere oportere ex fide bona*, ma di *condemnari oportere*. In realtà, però, va detto che al di là della portata originaria della regola dei *veteres* espressa in relazione ai soli *iudicia legitima*, la verifica della quale imporrebbe anche di accertare se la nozione di *iudicium legitimum* dei *veteres* sia analoga a quella di Gaio (*Gai.* 4,103 sgg.: giudizi accettati *in urbe Roma*, fra *cives Romani* e di fronte al *iudex unus*; su cui vd., ad es., N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, Torino 1991, Giappichelli, pp. 21 sgg.) oppure a quella di Cicerone (*de off.* III,15,61: giudizi fondati su una *lex* a cui si contrappongono i *iudicia sine lege* come quei giudizi fondati sulla *fides bona* o sull'*aequum et bonum*), l'effetto 'consuntivo' della *litis contestatio*, nell'età della *sententia* in esame, non operava *ipso iure* proprio in relazione ad azioni (come quella *empti*) aventi formule con *intentio* 'incerta'; vd., per es., rispetto ad un'*actio ex stipulatu incerti*, Cic., *de orat.* I,37,168; su questo tipo di problemi vd. da ultimo M. Marrone, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in AUPA.42 (1992), pp. 209 sgg., in particolare pp. 233-245 e n. 60; n. 85.

stesso, come se si volesse compensare il parziale inadempimento in un contratto che si vuole salvare, venendosi invece a porre solo un problema di *praestare* del venditore, al fine di tenere indenne il compratore dalle conseguenze negative da ciò patite (144). Di qui anche la spiegazione del perché non si parli di *facere* o di *non facere oportere*: il giudizio sulla condotta del venditore avviene una volta concluso il contratto e quindi l'interpretazione della *fides bona* permette solo di fornire i parametri a cui si sarebbe dovuta conformare la condotta del venditore, e sapere se in base ad essi, quest'ultimo debba o meno *stare praes*. L'individuazione giudiziale di un *quid* che contrasterebbe con questi parametri non può che portare il giudice a prenderne atto e decidere di conseguenza per la condanna. Il *praestare* ha quindi anche in questo caso un significato tecnico (145), che si sovrappone all'originario *dare facere* del venditore all'interno dell'*oportere* primario, ponendo a carico del soggetto, nei confronti del quale si riconosce, le conseguenze dannose prodotte da quei comportamenti da cui la *fides bona* imponeva ci si astenesse o che pretendeva posti in essere nella fase *in contrahendo*, ma che di fatto non erano stati rispettati.

L'interpretazione qui data al *damnum praestari oportere* è coerente con la motivazione della *sententia* di P. Mucio (D.24,3,66 pr.), ed è coerente, altresì, con la mancata funzionalità specifica nel diritto romano del termine *damnum* in relazione alle conseguenze risarcitorie dell'inadempimento (146).

Rispetto alla condotta tenuta, d'altronde, l'elemento essenziale che si dimostra contrario alla *fides bona*, come commenta lo stesso Cicerone (« *Ergo/venditor* »), non è il *tacere* in quanto tale, ma il *celare*, cioè il tacere un qualcosa di cui si è a conoscenza

(144) Esattamente N. Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia* cit., p. 102.

(145) Esattamente A. Hägerström, *Über den Grund der bindenden Kraft des Konsensualkontraktes nach römischer Rechtanschauung*, in ZSS.63 (1943) R.A., p. 293; già *Die römische Obligationsbegriff* cit., II, pp. 267-268.

(146) Vd. ad es. le considerazioni di P. Bonfante, *Corso di diritto romano IV. Le obbligazioni*, Milano (rist. 1979), Giuffrè, pp. 411 sgg.; e di D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 4.

(« *cum in vendundo rem eam scisset* »). La novità dell'esempio del monte Celio allora, come si è da tempo riconosciuto, risiede proprio nella estensione della tutela del compratore, che potrà vedere condannato non solo il venditore che non rispetti la parola data, ma anche il venditore che non lo informi dei vizi della cosa di cui sia *sciens* (147). Questa interpretazione del QQ. DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA obbliga il venditore non più soltanto al rispetto della parola data (già proprio delle *nuncupationes* nella *mancipatio* in base alle XII *tab.* e dei rapporti fondati sulla *fides*), ma altresì a non celare all'altra parte cose di cui si sia a conoscenza che diminuiscano di fatto il valore della cosa venduta.

b) Nuove condizioni per il riconoscimento di un *praestare* del venditore rispetto alla sua obbligazione di buona fede nella fase *in contrahendo*: la reticenza 'non intenzionale' e la estensione del concetto di *dolus* nei *quidam* ricordati nei l.*ad Q. Mucium* di Pomponio (Pomp. l.31 *ad Q. Mucium*; D.18,1,66,1).

La notizia sopra riferita, a cui Cicerone collega l'esempio del monte Celio, assume particolare importanza anche rispetto ad un frammento tratto dal commento di Pomponio *ad Q. Mucium*. L'Arpinate, val la pena ricordarlo, aveva affermato che: « *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta: 'quidquid enim est in praedio vitii, id — statuerunt — si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, prestari oportere'* » (*de off.* III,16,65). Essenziale per comprendere la prospettiva dei *iurisconsulti*, al di là delle considerazioni ciceroniane, è proprio la regola da loro enunciata.

(147) E.I. BEKKER, *Die Aktionen* cit., p. 164; A. BECHMANN, *Der Kauf* cit., I, pp. 655-656; A. PERNICE, *Labeo* cit., B, p. 85; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, rist. anast. ed. Bologna 1927, Roma (1964), L'Erma di Bretschneider, p. 107; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 212; O. BEHRENDS, *Les 'veteres' et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in RHD.55 (1977), pp. 11-12; H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen* cit., pp. 56-57. L'ulteriore deduzione di M. HORVAT (*Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, in *St. Arangio-Ruiz* I, p. 428) che « fino ad allora la *poena reticentiae* non si deduceva dalla formula *bonae fidei* », non rispetta il testo ciceroniano; vd. la giusta critica in H. KRELLER, Rc. a *Studi Arangio-Ruiz*, in ZSS.72 (1955) R.A., pp. 428-429.

La sua tecnicità si desume, oltre che dall'attività da cui scaturisce (*statuere*), anche dalla formulazione, che ricercando il *quidquid... oportere* dimostra la sua derivazione dall'interpretazione dell'*intentio* della formula dell'azione *empti* (*QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA*). I giuristi condizionano il *praestari oportere* del venditore, per comportamenti tenuti nella fase *in contrahendo*, al riconoscimento della *scientia* dei vizi del fondo venduto così come abbiamo visto anche nella *sententia* di Catone *pater Uticensis*. Questo principio è oramai acquisito non solo nell'età ciceroniana ma già nella generazione precedente, quella di Q. Mucio Scevola. Infatti sempre Cicerone ricorda una causa tra M.Gratidiano e Sergio Orata in relazione ad una vendita di *aedes* che lo stesso Orata aveva alcuni anni prima venduto al primo. Esse erano gravate da servitù fin dalla prima vendita. Ma nella seconda, Mario Gratidiano non le dichiara *in mancipio*. L'*arbitrium empti* (148), sollevato da Orata contro quest'ultimo, vede contrapposti due grandi oratori della generazione precedente a Cicerone, L. Licinio Crasso e M. Antonio (III,16,67) (149).

Importante è la qualifica che viene data all'argomentazione

(148) Come esattamente nota il BESELER, anche nel caso in cui vi fosse stata una *mancipatio* contestuale alla vendita consensuale l'azione non poteva che essere quella *empti* dato il tipo di pretesa del compratore; *De iure civili Tullio* cit., p. 333; cfr. altresì in questo senso P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract* cit., pp. 9-10; A. PEZZANA, *L'actio empti come azione di garanzia* cit., in BIDR.62 (1959), p. 190; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio* cit., p. 99 n. 122; a mio avviso questa conclusione è coerente sia al tenore delle argomentazioni dei due oratori, sia alla natura della contestazione che viene mossa al *mancipio dans*, cioè non l'assenza delle qualità *nuncupatae* della cosa, ma la reticenza rispetto al suo vero stato di diritto. D'altronde s'intende solitamente l'*in mancipio* come « *in lege mancipi* » (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., pp. 313 sgg.) in tal modo venendosi indubbiamente a precisare l'àmbito della pretesa del compratore contro il venditore, diretta in sostanza a richiedere che egli, una volta venduta la *res mancipi*, sia obbligato a *nuncupare* lo stato di fatto e di diritto della cosa stessa nella *mancipatio*, il che chiaramente non poteva che avvenire con l'azione derivante dalla vendita consensuale. Sul passo vd. altresì F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra 'res mancipi' e 'res nec mancipi'*, Torino (1958), Giappichelli, p. 93 n. 145 (continua da p. 92); p. 96 n. 147; pp. 167-168.

(149) *M. Marius Gratidianus propinquus noster C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae Sergio serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat. Adducta res in iudicium est, Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius.*

di Crasso, la quale, a differenza di quella di Antonio informata secondo Cicerone all'*aequitas*, è considerata dedotta dal *ius* (« *Ius Crassus urguebat...; aequitatem Antonius* »). Il secondo fa perno sul fatto che Sergio Orata, che anni addietro aveva venduto gli stessi immobili al suo cliente, conosceva l'esistenza delle servitù gravanti su questi, e quindi per Gratidiano veniva meno secondo l'*aequitas* la necessità di dichiararli (150). Crasso, invece, che argomenta *ius*, afferma: « *Quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari* ». La logica dell'argomentazione, che sembra applicare formalmente la regola, fa riferimento nuovamente alla *scientia venditoris*, e dimostra come il principio introdotto dalla *iurisprudentia* fosse oramai punto di riferimento per gli oratori dell'epoca di Q. Mucio (151).

Precisato quanto meno il momento in cui questa regola dell'*intepretatio prudentium* si dimostra normalmente applicata, è possibile inserire il passo di Pomponio *ad Q. Mucium* (D.18,1,66,1) in un contesto storico meno nebuloso, dove insieme al suo commento, ad una diversa posizione riferita a dei *quidam* non meglio specificati, sembrerebbe indirettamente riemergere il pensiero di Q. Mucio.

Nel pr. del fr. 66 di D.18,1 si ha un'affermazione ampia di cosa il venditore debba 'garantire' al compratore, e si distingue tra le cose di cui deve in ogni caso *stare praes*, sebbene *in vendendo fundo* non si siano esplicitamente dichiarate (come la garanzia per l'evizione e l'usufrutto), ed altre che invece sono garantite solo se dichiarate (le servitù) (152). Da tempo si è rilevato come quest'affermazione nella sostanza sia in perfetta sintonia con il pensiero di Q.Mucio come riferito da Celso in D.18,1,59 e da Venuleio in D.21,2,75 (153).

(150) « *Quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id quod emerat quo iure esset teneret* »; vd. S.M. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., pp. 83-86.

(151) Vd. in questo senso E.I. Bekker, *Die Aktionen* cit., I, p. 164.

(152) *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*

(153) S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Q. Mucium'*, II (1900), Palermo, pp. 104 sgg. [questa seconda parte non è stata ripubblicata in *Labeo* 7 (1961)].

Nel § 2 dello stesso fr. si cita letteralmente Q. Mucio in relazione ad una clausola di garanzia apposta alla vendita (154).

Il § 1 viene così a inserirsi in un discorso di Pomponio che doveva probabilmente trovare nell'opera del giurista repubblicano dei punti di riferimento significativi, come, ad es., il problema di cosa debba o meno considerarsi garantito implicitamente nella vendita degli immobili anche se non dichiarato.

Pomp. l. 31 *ad Q.Mucium* (D.18,1,66,1)
Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum.

Esistendo una servitù a favore degli immobili venduti di cui il venditore era a conoscenza, egli non lo ricorda in fase di conclusione del contratto. A causa di questo il compratore per ignoranza della cosa (155) perde la servitù, ed in particolare per il non uso protratto per due anni (156). I *quidam* ritengono che il venditore sia tenuto *(« ex empto teneri »)* per il dolo.

Prima di approfondire la logica del responso dei *quidam* bisogna cercare di comprendere che rapporto c'è tra essi e il giurista commentato. Come si è visto dalle notizie ciceroniane, già all'epoca di Q.Mucio (L. Licinio Crasso è suo contemporaneo) si considerava acquisito l'obbligo accessorio del venditore di comu-

(154) « *Quintus Mucius scribit, qui scribsit 'ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt' bis in idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt* ».

(155) Non ritengo che il « *per ignorantiam* » vada espunto come vorrebbe G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, in ZSS.66 (1948) R.A., p. 318, in quanto, che il compratore fosse di fatto a conoscenza o meno dello stato di diritto della cosa acquistata, poteva assumere rilevanza nel *iudicium empti*, come conferma l'argomentazione ispirata all'*aequitas* di Antonio nella controversia tra M. Gratidiano e Sergio Orata sopra ricordata.

(156) Già il Cuiacius a riguardo riteneva di dover sostituire [*per statutum tempus*] con ⟨*biennio*⟩; *Opera*, ed. Neap. (1722), t. VII col. 723; su questa sostituzione concorda E. Albertario, *I tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, in ZSS.31 (1910) R.A., p. 168.

nicare al compratore gli eventuali vizi della cosa di cui fosse a conoscenza.

Perché allora Pomponio, che nel § subito successivo si riallaccia invece esplicitamente al giurista commentato, ricorda dei *quidam*?

In dottrina, ipotizzando la sostanziale derivazione del problema discusso dall'opera del giurista repubblicano (157), si è pensato ad un contrasto tra Q.Mucio e i *quidam* ricordati (158), che Pomponio, come proverebbe il *recte,* risolve a favore dei secondi (159).

Ma da cosa nasceva tale contrasto?

Ritengo si debba a riguardo approfondire il parere dei *quidam*: essi riconoscono nella fattispecie un *dolus in contrahendo* del venditore e quindi propendono per la sua condanna (160). Se si analizza però la descrizione del fatto emerge una particolarità che potrebbe aiutarci a capire il dissenso muciano. Il venditore non ha taciuto intenzionalmente l'esistenza della servitù positiva al fine di raggirare il compratore, ma semplicemente, per sbadataggine, non ne ha fatta menzione in sede di vendita (*nec commemoravit*). In questo caso il venditore, salvo ipotesi particolari (ad es., se fosse stato proprietario del fondo servente) non avrebbe avuto nessun interesse a tacere l'esistenza di un *quid* che sem-

(157) Per questa derivazione deporrebbero oltre alle annotazioni sopra riferite alcuni profili terminologici propri del latino tardorepubblicano; cfr. sull'*ob id* W. Kalb, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig (1890), Teubner, p. 6; vd. altresì su *commemorare* nel senso di *mentionem facere Th.L.L.* s.h.v.

(158) Cfr. S. Riccobono, *La definizione dello 'ius'* cit., in BIDR.53-54 (1948), pp. 23-24; P. Stein, *Fault* cit., p. 11; G. MacCormack, *Juristic use of the Term 'dolus': Contract*, in ZSS.100 (1983) R.A., p. 525. *Contra* G. Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano (1975), Giuffrè, pp. 255-256.

(159) Per Riccobono, invece, il *recte* sarebbe piuttosto dei compilatori « inserito, come di frequente, per conferire valore assoluto a quella opinione particolare »; *La definizione dello 'ius'* cit., p. 23.

(160) L'ipotesi del MacCormack sulla paternità pomponiana dell'argomentazione costruita sul dolo « because this supplies the reason for holding, in a doubtful case, that there should be liability » (*Juristic Use of the Term 'dolus'* cit., p. 525), se astrattamente possibile, contrasta con l'inserimento degli es. ciceroniani sopra visti proprio nella rilevanza del *dolus*, e comunque non diminuisce l'importanza delle valutazioni precedenti e contemporanee a Q.Mucio sui comportamenti da tenere *in vendendo* secondo la *fides bona*.

mai poteva accrescere, più che diminuire, il valore della *res* venduta, e che quindi era nel suo interesse dichiarare (161). I *quidam*, ciononostante, lo ritengono in dolo perché egli era di questo comunque *sciens,* e quindi in presunta collusione con il proprietario del fondo servente (162).

Il contrasto potrebbe, allora, individuarsi proprio nel ruolo che i *quidam*, facendo perno su un'interpretazione estensiva della regola « *quidquid est in praedio vitii, id, si venditor sciret nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* » riconoscevano alla *scientia* del venditore (163). In sostanza per loro, il fatto che il venditore non avesse menzionato delle servitù positive (e non dei vizi) di cui era a conoscenza, portava al riconoscimento di una sua 'mala fede' quando ciò avesse comunque determinato un pregiudizio per il compratore, e quindi alla applicazione della regola e alla condanna per le conseguenze dannose patite da questo, cioè, nel caso di specie, la perdità delle servitù stesse.

Q. Mucio, invece, salvo ove fosse provato l'interesse ad *aliud simulare, aliud agere*, sarebbe stato contrario ad una tale soluzione proprio perché essa accordava al concetto di *dolus* un significato che non ne rispettava il valore semantico acquisito. Il giurista repubblicano avrebbe in sostanza dissentito dai *quidam*, vuoi perché il fatto che fosse nell'interesse del venditore stesso il dichiarare l'esistenza delle servitù positive al fine di richiedere un prezzo più alto portava a ribaltare la normale presunzione di dolo in caso di reticenza sui vizi di cui si era *sciens*, e ad escludere che il suo silenzio fosse dovuto a *mala fides*, vuoi perché descri-

(161) Val la pena a riguardo riportare le puntuali considerazioni di Cuiacius: « Nam dolum commissum esse arguit scientia, quae in mala fide constituit venditorem (...). Itaque si venditor non sciverit eam servitutem deberi, est bonae fidei venditor, & statim securus est »; *Opera* cit., t. VII, col. 723.

(162) Non si tratta quindi di una « responsabilità » che « si fa derivare qui, evidentemente, dalla *fides* violata dal venditore col suo comportamento sleale »; S. Riccobono, *La definizione dello 'ius'* cit., p. 23; più corretto è semmai parlare di condotta fraudolenta tesa a favorire il proprietario del terreno servente; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 11. Manca, però, quella 'stretta parentela' che il Pernice ritiene di poter individuare tra questo dolo e quello del caso del Monte Celio; *Labeo* cit., B, p. 85.

(163) Vd. G. MacCormack, *Juristic Use of the Term 'dolus'* cit., p. 525.

vere il suo comportamento come doloso avrebbe importato una svalutazione del profilo della 'intenzionalità', con una modificazione del valore semantico che il concetto aveva acquisito o stava definitivamente acquisendo, e che verrà a riflettersi nelle prime definizioni del dolo che possediamo: quella di Aquilio Gallo, *auditor Mucii*, che riteneva aversi *dolus malus* « *cum esset aliud simulatum, aliud actum* » (Cic. *de off*. III, 14,60), e quella di Servio Sulpicio Rufo: « *machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur* » (Ulp. l. 11 *ad ed.*D.4,3,1,2) (164). Qui la presunta assenza di una *causa decipiendi*, preliminarmente esclusa dall'esistenza di un interesse del venditore a dichiarare l'esistenza della servitù, suscettibile di prova contraria, e di una « macchinazione » (di un *aliud simulare, aliud agere*), potrebbe essere alla base del disaccordo tra Q.Mucio e i *quidam*.

In sostanza quello dei *quidam* ricordati nei libri *ad Q.Mucium* di Pomponio sarebbe un tentativo in parte analogo a quello che Cicerone ricorda compiuto dai *maiores* in tema di mandato, dove si equipara alla *malitia* del mandatario la sua grande *neglegentia* ai fini della condanna (165).

Tutto questo attesterebbe, altresì, come la giurisprudenza di questo periodo, nell'interpretazione delle *intentiones* dirette a tutelare rapporti obbligatori del *novum ius civile*, si sforzasse di precisare i presupposti del riconoscimento del *praestari* del venditore, attraverso la valutazione approfondita delle sue condotte *in contrahendo* e dei concetti idonei a descriverle.

D. *Il* custodiam praestare *del comodatario 'obbligato'* iure honorario *a* rem reddere *secondo i* veteres.

a) Complessità storica del frammento ulpianeo sui presupposti dell'*actio commodati*: il richiamo ai *veteres* (D.13,6,5, pr.-15).

Nel lungo frammento (D.13,6,5) contenuto nel 13esimo libro

(164) Vd. a riguardo B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo (1982), Palumbo, pp. 187 sgg.

(165) Cic. *Pro Roscio Am.* 38,111: « *Si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admississe dedecus existimabant...* »; cfr. A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford (1961; reprint Aalen 1984, Scientia), pp. 199 sgg. Sull'equiparazione della *culpa latior* al dolo in Nerva (D.16,3,32) vd. *infra*, VII,1,B.

dei *Digesta* giustinianei, tratto dal l. 28 del commentario *ad edictum* di Ulpiano, i richiami alla giurisprudenza più antica sono molto numerosi. Quinto Mucio, Namusa, Mela, Labeone (tre volte) e Cartilio rappresentano i punti di riferimento di un discorso che si snoda attraverso una risistemazione ulpianea dei presupposti del *praestare* del comodatario, e che trova con molta probabilità la sua necessaria premessa — e forse il suo stesso modello — nei passi corrispondenti dei *Digesta* di Salvio Giuliano e di Giuvenzio Celso *filius* (166).

All'interno di questo lungo passo si menzionano per tre volte i *veteres* (§§ 6, 9 e 11), ai quali viene genericamente attribuito il riconoscimento di un *custodiam praestare*. È chiaro che una tale notizia, tanto più se confrontata con l'altra notizia sulla *sententia* di Q.Mucio sul *culpam et diligentiam praestare* del comodatario (L.5,3 D.13,6 su cui vd. III,1) solleva una serie di problemi legati alla sua collocazione storica.

In sostanza chi sono i *veteres* citati da Ulpiano?

È possibile riconoscere come attendibile da un punto di vista terminologico il riconoscimento di un *custodiam praestare*?

E cosa significa questo riconoscimento all'interno di un rapporto obbligatorio che con alta probabilità in questo periodo non è tutelato in termini di *oportere*?

Riguardo alla prima domanda ritengo doversi procedere con cautela dando rilevanza all'autore del richiamo ed al contesto nel

(166) Per il CANNATA bisognerebbe spingersi ancora più indietro, in quanto si tratterebbe di una « impostazione fatta sul modello di trattazioni che risalgono all'epoca repubblicana od all'inizio del principato »; *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., p. 268; vd. ora *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III §18 d) (in corso di pubbl. in *Iura* 43 e 44). A favore della diretta dipendenza del discorso ulpianeo dai Digesti di Giuliano e Celso depone l'uso di « *ait* », « *dicit* » e « *scripsit* » nel ricordare i giuristi tardo repubblicani e di inizio principato, mentre ai §§ 8 e 15 si citano direttamente le opere suddette; una rilettura del lungo fr., seppure all'interno delle diverse prospettive in G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 106 sgg.; F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milano (1954), Giuffrè, pp. 212 sgg.; pp. 261 sgg.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 265 sgg.

quale esso viene fatto. Da un punto di vista puramente logico, il richiamo ai *veteres*, agli « antichi giuristi », in un discorso nel quale si citano esplicitamente Q.Mucio, Namusa, Mela e Labeone, potrebbe far considerare i primi, *iurisprudentes* più antichi, o al massimo contemporanei di Q. Mucio (167). Tale ipotesi potrebbe essere confortata dal fatto che Ulpiano stesso cita: Rutilio Rufo come uno dei *veteres* (D.7,8,10,3), e Sabino come continuatore dell'*opinio veterum* (D.12,5,6).

Questo dato acquista, peraltro, maggiore forza persuasiva in rapporto all'« impianto » del discorso ulpianeo, al quale, più che al giurista severiano, si devono a mio avviso le notizie sui *veteres* (168). Se a ciò si aggiunge che tra i *veteres* citati da Gaio (III,196), a cui si dovrebbe l'estensione della tutela per il furto al

(167) Cfr. a riguardo l'utile raccolta di F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* II. *Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti* cit. 2, pp. 505 sgg. In particolare val la pena ricordare che vengono qualificati come « *veteres* »: Sesto Elio e L. Acilio '*sapiens*' da parte di Cicerone (*de leg.* II,23,59); Giunio Bruto da parte di Labeone (Gell. *Noct. Att.* VI,15,1); Catone da parte di Capitone (Macrob. *Sat.* I,14,5); Rutilio Rufo da parte di Ulpiano (D.7,8,10,3). A riguardo si è giustamente distinto tra i richiami ai *veteres* da parte della giurisprudenza classica, e quelli fatti dai giustinianei; vd. F.P. Bremer, *op. ult. cit.*, p. 506; su questi problemi vd. altresì i lavori di H.E. Dirksen, *Über die Collectiv-Bezeichnungen der Rechtsgelehrten in den römischen Rechtsquellen: 'veteres und juris conditores v. auctores'*, in *Sitzungb. Preuss. Akad. d. Wiss.* (1864), pp. 126-128; Id., *Über die technische Bedeutung des Ausdrucks 'veteres', und einigere anderer verwandter Bezeichnungen im römischen Recht*, in *Beiträge zur Kunde des römischen Rechts*, pp. 159-188 ; pp. 328-329; sulla necessità di valutare il richiamo ai '*veteres*' su un piano più strettamente storico, all'interno degli scritti di uno stesso autore, vd. M. David-H.L.W. Nelson, *Gai institutionum commentarii IV*, Leiden (1960), Brill, pp. 181 sgg.; A. Biscardi, *Postille gaiane 3. Gaio e i veteres*, in *Gaio nel suo tempo* cit., pp. 18-21; e la notizia sulla relazione di F. Guizzi, *Gai I,145, i 'veteres' e la legislazione decemvirale*, in *Labeo* 9 (1963), p. 412; di cui peraltro *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, Napoli (1968), Jovene, pp. 8 sgg.; su cui cfr. M. Kaser, Rc., in ZSS.86 (1969) R.A., p. 502 sgg.; H. Brink, Rc. in T.39 (1971), pp. 106 sgg.; ed ora per un riesame approfondito del problema O. Behrends, *Les 'veteres' et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in RHD.55 (1977), pp. 7-33; F. Horak, *Wer waren die 'veteres'? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Festschr.Wesener* (1992), pp. 201-236 , in particolare pp. 232 sgg.

(168) Si è ipotizzata in dottrina nei §§ in esame una soppressione delle citazioni da parte dei compilatori vd. C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., pp. 268-269 n. 2, dove altresì una ricostruzione della struttura del « *tractatus* »; pp. 274-275.

furtum usus del comodatario, si nasconde in realtà anche Giunio Bruto (Gell. *Noct. Att.* VI,15,1), i richiami ulpianei ai *veteres* in materia di comodato sembrano acquisire una connotazione storica meno vaga di quanto ci si possa inizialmente aspettare, e precisamente possono collocarsi nel II-I sec. a.C.

b) L'obbligo tutelato *iure honorario* del comodatario a *reddere* le cose prestate ad uso.

È necessario capire in che modo l'obbligo di restituzione del comodatario fosse sanzionato nel diritto romano in questo periodo. È questa, come si sa, una questione ancora fortemente dibattuta dalla romanistica, potendosi però fissare dei punti sicuri. Innanzitutto la ricostruzione storica dell'editto pretorio in materia, la quale avrebbe due momenti particolarmente significativi in un certo *Paconius* prima (in termini di *utendum dare*), ed in un « *qui edictum concepit* » poi (in termini di *commodatum*) (D.13,6,1,1) (169). In particolare si ritiene che il primo avesse dato tutela al prestito d'uso con un'*actio decretalis*, mentre il secondo sarebbe il primo pretore che propose una tutela stabile attraverso un'*actio in factum* (170). Secondo punto su cui la dottrina è concorde sarebbe la possibilità, già prima della tutela edittale, di ricorrere ad altri mezzi di tutela per riconoscere indirettamente tale dovere di restituzione. Ma qui l'accordo finisce, per lasciare il posto ad una serie di ipotesi che vanno dall'*actio fiduciae*, alla *condictio* in generale, alla *condictio ex causa furtiva*, alla *rei vindicatio* (171).

Solitamente la progressione storica sopra ricordata (*actio decretalis*→*actio in factum*) viene fissata in una età abbastanza avanzata, ed in particolare poco prima di Antistio Labeo-

(169) Cfr. per una riconsiderazione dei problemi che sollevano i richiami a *Paconius* e al *qui edictum concepit* P. Zannini, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Milano (1983), Giuffrè, pp. 70 sgg.

(170) Cfr. F. Pastori, *Il commodato in diritto romano* cit., pp. 75 sgg.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit. I, p. 534; e ora P. Zannini, *Spunti critici* cit., pp. 70 sgg., dove vengono date motivazioni convincenti per il superamento dell'impostazione solitamente data al problema.

(171) Vd. per un quadro delle rispettive ipotesi P. Zannini, *Spunti critici* cit., pp. 9 sgg.; 127 sgg.

ne (172). Come però è stato convincentemente obiettato, data l'impossibilità di « dare un volto al menzionato Paconio, esclusa pure la possibilità di identificare in qualche modo l'anonimo pretore che elevò il prestito d'uso al rango di un istituto stabilmente protetto da una apposita clausola edittale » non rimarrebbe che fare affidamento, per riscrivere la storia di questo istituto, sui pareri di natura sostanziale che le fonti ci tramandano in relazione ad esso; da questo punto di vista sarebbero fondamentali, oltre alla notizia ricavata dal confronto tra *Gai.* III,196 e Giunio Bruto in Gell. *Noct.Att.* VI,15,1, proprio la L.5 D.13,6 ed altri frammenti tratti dal commento di Pomponio *ad Q. Mucium*, che assumerebbero un'importanza decisiva « per un inquadramento cronologico del problema » (173). È chiaro allora che, se si accetta questa modificazione della prospettiva attraverso cui guardare al comodato, la tutela di esso assume proprio nella età di Q. Mucio e dei *veteres*, una rilevanza autonoma rispetto agli altri mezzi di tutela che fino ad allora erano serviti indirettamente allo scopo. Ritengo quindi, seguendo in questo una linea interpretativa proposta ed in parte condivisa in dottrina (174), che l'obbligo del comodatario di *reddere* la cosa prestata ad uso fosse probabilmente già oggetto di una autonoma tutela edittale nell'età di Q. Mucio e quindi anche in quella dei *veteres*.

c) Significato del riconoscimento di un *custodiam praestare* da parte dei *veteres* (D.13,6,5-6,9).

Le considerazioni del precedente paragrafo non risolvono, ma semmai impongono di affrontare in modo più approfondito le notizie richiamate, al fine di chiarire se possibile cosa potesse

(172) F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano* cit., pp. 38 sgg.

(173) P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., p. 87.

(174) Cfr. a riguardo la recensione al libro di Zannini del PASTORI, dove si afferma che l'ipotesi sulla tutela *in factum* ai tempi di Q. Mucio sarebbe un'« ipotesi attendibile »; in *Iura* 34 (1983), pp. 238-239; concorde ora W. LITEWSKI, Rc. a TAFARO, Regula..., in ZSS.105 (1988) R.A., p. 870; d'altronde lo stesso MAYER-MALY, che su altri punti del lavoro del Zannini è piuttosto critico, riconosce all'A. recensito, in relazione all'origine della tutela negoziale del prestito d'uso, di avere indicato « Warscheinlichkeiten »; in ZSS.108 (1985) R.A., p. 662. Il PARICIO, infine,

significare, nel *respondere* dei *veteres*, che il comodatario dovesse *custodiam praestare*.

Ulp. l. 28 *ad ed.* (D.13,6,5,5-6,9,11)
5. *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.*
6. *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret:...*
9. *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.*
11. *Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.*

Seguiamo per un attimo il discorso ulpianeo: dopo aver affrontato nel § 2 la questione « *quid veniat in commodati actione* » ed aver precisato nei §§ 3 e 4 che il comodatario è obbligato a *culpam praestare*, il giurista severiano collega a questo discorso il problema della *custodia*. Egli afferma che certamente l'uomo diligente deve anche *custodiam praestare*. Gli « antichi giuristi », però, avrebbero dubitato che il comodatario dovesse *custodiam praestare* rispetto al comodato del servo. Tralasciando per ora gli esempi che si adducono a riguardo, seguiamo il discorso del § 9: per Ulpiano a tal punto si deve « *praestare* la diligenza » nell'uso della cosa comodata, che lo si deve anche rispetto alle cose che la seguono; così, ad esempio, i *veteres* ritennero che si dovesse *custodiam praestare* anche per il puledro che seguiva la cavalla data in prestito.

Infine, al § 11, passando alla diversa problematica delle ipo-

che è l'unico a rifiutare *tout court* questa ipotesi, si trova però costretto a negare attendibilità a D.13,6,5,3; *La primitiva protección procesal del commodatum*, in AHDE.54 (1984), pp. 587-589.

ne (172). Come però è stato convincentemente obiettato, data l'impossibilità di « dare un volto al menzionato Paconio, esclusa pure la possibilità di identificare in qualche modo l'anonimo pretore che elevò il prestito d'uso al rango di un istituto stabilmente protetto da una apposita clausola edittale » non rimarrebbe che fare affidamento, per riscrivere la storia di questo istituto, sui pareri di natura sostanziale che le fonti ci tramandano in relazione ad esso; da questo punto di vista sarebbero fondamentali, oltre alla notizia ricavata dal confronto tra *Gai.* III,196 e Giunio Bruto in Gell. *Noct.Att.* VI,15,1, proprio la L.5 D.13,6 ed altri frammenti tratti dal commento di Pomponio *ad Q. Mucium*, che assumerebbero un'importanza decisiva « per un inquadramento cronologico del problema » (173). È chiaro allora che, se si accetta questa modificazione della prospettiva attraverso cui guardare al comodato, la tutela di esso assume proprio nella età di Q. Mucio e dei *veteres*, una rilevanza autonoma rispetto agli altri mezzi di tutela che fino ad allora erano serviti indirettamente allo scopo. Ritengo quindi, seguendo in questo una linea interpretativa proposta ed in parte condivisa in dottrina (174), che l'obbligo del comodatario di *reddere* la cosa prestata ad uso fosse probabilmente già oggetto di una autonoma tutela edittale nell'età di Q. Mucio e quindi anche in quella dei *veteres*.

c) Significato del riconoscimento di un *custodiam praestare* da parte dei *veteres* (D.13,6,5-6,9).

Le considerazioni del precedente paragrafo non risolvono, ma semmai impongono di affrontare in modo più approfondito le notizie richiamate, al fine di chiarire se possibile cosa potesse

---

(172) F. Pastori, *Il commodato nel diritto romano* cit., pp. 38 sgg.

(173) P. Zannini, *Spunti critici* cit., p. 87.

(174) Cfr. a riguardo la recensione al libro di Zannini del Pastori, dove si afferma che l'ipotesi sulla tutela *in factum* ai tempi di Q. Mucio sarebbe un'« ipotesi attendibile »; in *Iura* 34 (1983), pp. 238-239; concorde ora W. Litewski, Rc. a Tafaro, Regula..., in ZSS.105 (1988) R.A., p. 870; d'altronde lo stesso Mayer-Maly, che su altri punti del lavoro del Zannini è piuttosto critico, riconosce all'A. recensito, in relazione all'origine della tutela negoziale del prestito d'uso, di avere indicato « Warscheinlichkeiten »; in ZSS.108 (1985) R.A., p. 662. Il Paricio, infine, che è l'unico a rifiutare *tout court* questa ipotesi, si trova però costretto a negare attendibilità a D.13,6,5,3; *La primitiva proteción procesal del commodatum*, in AHDE.54 (1984), pp. 587-589.

significare, nel *respondere* dei *veteres*, che il comodatario dovesse *custodiam praestare*.

Ulp. l. 28 *ad ed.* (D.13,6,5,5-6,9,11)

5. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

6. Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret:...

9. Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.

11. Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.

Seguiamo per un attimo il discorso ulpianeo: dopo aver affrontato nel § 2 la questione « *quid veniat in commodati actione* » ed aver precisato nei §§ 3 e 4 che il comodatario è obbligato a *culpam praestare*, il giurista severiano collega a questo discorso il problema della *custodia*. Egli afferma che certamente l'uomo diligente deve anche *custodiam praestare*. Gli « antichi giuristi », però, avrebbero dubitato che il comodatario dovesse *custodiam praestare* rispetto al comodato del servo. Tralasciando per ora gli esempi che si adducono a riguardo, seguiamo il discorso del § 9: per Ulpiano a tal punto si deve « *praestare* la diligenza » nell'uso della cosa comodata, che lo si deve anche rispetto alle cose che la seguono; così, ad esempio, i *veteres* ritennero che si dovesse *custodiam praestare* anche per il puledro che seguiva la cavalla data in prestito.

Infine, al § 11, passando alla diversa problematica delle ipo-

tesi dubbie nelle quali andasse o meno applicata l'azione di comodato, il giurista severiano ricorda come presso i *veteres* si era discusso proprio dei casi nei quali si poteva ricorrere all'*actio commodati*, senza che a riguardo emergano invece dubbi sulla esperibilità di una tale azione, il che viene a confermare l'esistenza di una tutela tipica del prestito d'uso (175).

Come è stato ben riconosciuto, i *responsa* dei *veteres* vengono riletti alla luce della *diligentia*, cioè alla luce di un nuovo significato della *custodia*. La nuova prospettiva, solitamente considerata dei giustinianei (176), può invece ben riflettere la nozione del *custodiam praestare* acquisita da Ulpiano, in termi-

(175) L'*huiusmodi* ha fatto pensare che le ipotesi successivamente discusse da Labeone, Cartilio e Celso figlio (§ 12 prestito d'uso al fine di dare un pegno al creditore del comodatario; § 13 comodato di un servo con la lancia; § 14 fornitura di un *triclinium* con argenteria; § 15 detenzione contemporanea di « veicolo » da parte di due persone, a titolo di locazione e comodato; su questi due ultimi paragrafi vd. *infra*) permettessero di precisare la qualifica, anche precedentemente usata, di « *veteres* »; così ora F. HORAK, *Wer waren die veteres?* cit., in *Festschr. Wesener* (1992), p. 210. Tale deduzione però mi pare unilaterale, in quanto porterebbe a considerare tra i *veteres* Celso figlio. Più convincentemente, invece, si può pensare che i giuristi di cui si dà il parere rappresentino la soluzione generalmente accettata che si sovrappone in età successiva ad una discussione già avviata precedentemente e che aveva coinvolto proprio i *veteres* come ad es. in Ulp. D.7,8,10,3 (17 *ad Sab.*); D.12,5,6 (18 *ad Sab.*); cfr. altresì *Fr. Vat.* 1; D.41,2,3,18 (Paul. 54 *ad ed.*); per una soppressione da parte dei compilatori della discussione C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., p. 268-269 n. 2; il WATSON nota che « the veteres were in a state of uncertainty as to whether the actio commodati would lie in particolar cases. But in the fragments which follow Ulpian does not refer to any Republican jurists so that where they would draw the line cannot be ascertained », *The Law of Obligations* cit., p. 171.

(176) Per la paternità bizantina della reinterpretazione della *custodia* in termini di *diligentia* nel passo in esame argomentando da B.13,1,5,9: W. KUNKEL, *Diligentia* cit., ZSS.45 (1925) R.A., p. 270-271 e p. 284 n. 1; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 97; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* cit., p. 111 e p. 117; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 107-108; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., p. 108 n. 153; F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano* cit., pp. 207-208; 211; 214; 217; 218 continuazione n. 15; 225 n. 31 e 251; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 154-155; p. 207 n. 282; W. LITEWSKI, Rc. a Tafaro, in ZSS.105 (1988) R.A., p. 870; J. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casística jurisprudencial*, in *Est. Iglesias* I (1988), p. 480-481.

ni di *diligentia in custodiendo* (177). La proposta interpolazione, poi, porterebbe ad ipotizzare sia una falsificazione delle « *geschichtliche Berichte* » che il passo testimonia (178), sia una distrazione dei compilatori, che dato il contesto molto breve, sarebbe difficilmente ammissibile (179).

Il passaggio frequente nel lungo passo di Ulpiano tra *diligentia* e *custodia*, invece, è ben spiegabile all'interno della prospettiva del giurista severiano, il quale intende il *custodiam praestare* come un *praestare* a cui l'uomo *diligens* non può sottrarsi (§ 5: « *custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare* ») (180), e ciò coerentemente con la stessa *regula iuris* che incontriamo nei suoi libri *ad Sabinum* (D.50,17,23), dove la *custodia* non verrebbe menzionata come possibile contenuto del *praestare*, proprio perché riletta in chiave di *diligentia* (181). Al contrario la terminologia dei *veteres* non ha esitazioni: essi sia nel § 6 che nel § 9 parlano esclusivamente di *custodiam praestare*. Dato che si è di fronte al più antico richiamo in nostro pos-

(177) Sui motivi del mutamento classico del significato del *custodiam praestare* potrebbe aver pesato proprio l'estensione anche al danneggiamento di questa responsabilità da parte di Marcello (D.19,2,41). Uno spunto in questo senso in V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 167-168. Sulla critica di Marcello a Giuliano (D.13,6,19), e sulla prospettiva da cui muove (su cui D.50,16,9) cfr. C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., pp. 62 sgg.; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 9; e A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 110 sgg. dove altresì la discussione della bibliografia precedente; sui momenti di questa trasformazione vd. *infra* cap. X.2.

(178) Il rilievo è del KRÜCKMANN, *Custodia* cit., in ZSS.64 (1944) R.A., p. 16.

(179) Per questo argomento vd. G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., p. 175; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., p. 219.

(180) Sulla paternità ulpianea della reinterpretazione della *custodia* in termini di *diligentia* rispetto ai frammenti presi in esame vd. G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in ZSS.89 (1972) R.A., p. 175; e più di recente C.M. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, in AG.204 (1984), p. 286; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., p. 220. L'ipotesi del KRÜCKMANN, secondo cui la reinterpretazione del *custodiam praestare* dei *veteres* in chiave di *diligentia* sarebbe dovuta al contributo di Q. Mucio (*Custodia*, in ZSS.64 (1944) R.A., p. 17-18), non è accettabile proprio per il significato giuridico che la formulazione ha fino a Giuliano, mantenendo un àmbito semantico delimitato rispetto al « custodire » come attività; sul punto essenziale A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 93 sgg. Su Q. Mucio vd. *infra*, cap. III.

(181) Vd. sul punto S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 218-223.

sesso di un tale *praestare*, bisogna partire, a mio modo di vedere, dal dato terminologico, abbandonando cognizioni preconcette condizionate dalle problematiche discusse dalla giurisprudenza successiva.

Custodia richiama l'idea della attività del custode, cioè il custodire una cosa con la finalità di sorvegliarla (182). A riguardo va detto che già la natura della *res* può modificare le modalità con cui si esercita la *custodia*. Così se si tratta di una cosa inanimata, questa attività è essenzialmente diretta ad evitare l'intervento di 'fattori' esterni, in quanto la cosa non è dotata da sola di « mobilità » (per questa terminologia vd. Labeone in D.21,1,1 pr.). Quando invece la *res* può muoversi da sola, allora, ai possibili 'fattori' esterni, si aggiungono dei 'fattori' interni dai quali ci si vuole prevenire con la *custodia*, come, ad es., la fuga. In questo caso, la natura umana o meno della cosa « mobile » aggiunge il problema 'volontà', che può a sua volta modificare la valutazione della fattispecie (183).

Praestare, come si è visto nei precedenti paragrafi, esprime una condizione di garanzia del debitore, che può esplicitamente promettersi (II,2-3), o che, in caso di mancato adempimento, si può sovrapporre alla prestazione originaria (*dare facere*, *reddere*) (II,4 B-C). Da questo punto di vista la formulazione dei *veteres* sembrerebbe esprimere in generale uno 'star garante' del comodatario collegato in qualche modo ad una attività di custodia rispetto alla cosa comodata che non è stata restituita. Questa spiegazione, però, al di là della sua astratta coerenza con il dato terminologico, non ci dice nulla sulle condizioni del riconoscimento del *praestare*.

L'unica via per comprendere cosa giuridicamente questa espressione significasse per i *veteres*, è quella di cercare di capire le ragioni del « dubbio » (*dubitatum est*) del *custodiam praestare* rispetto al comodato di schiavi. A riguardo, se si interpreta la

(182) Vd. A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 8-13.

(183) Il PARICIO SERRANO accentua, a ragione, il profilo della « indipendenza » del servo nello svolgimento delle attività richieste dall'esercizio dell'uso da parte del comodante, a differenza dell'animale o della cosa inanimata; *La responsabilidad en el comodato romano* cit., in *Est. Iglesias* I (1988), pp. 483-484.

formulazione genericamente come custodire, pensando ad un *praestare* condizionato da una custodia negligente, non si riesce a trovare un motivo che potesse porre il comodato di un cavallo su un piano diverso da quello di un servo. La diligenza, infatti, fa riferimento alle modalità della condotta del debitore, e quindi la natura della *res* da custodire potrà semmai condizionare a posteriori, e non a priori, il giudizio di idoneità sulla sorveglianza. I *veteres,* invece, pongono la questione della cosa da custodire su un piano pregiudiziale il *custodiam praestare* (184).

Questo rilievo è indicativo, forse, del significato che i *veteres* davano alla parola *custodia*, rispetto al problema del riconoscimento del *praestare*. In essa, infatti, il *custodire* a cui si fa riferimento, similmente al *dare* e al *frangere* dei formulari catoniani, sarebbe stato interpretato in modo 'tipico', intendendosi con esso non solo una certa condotta, ma anche lo specifico evento che questa doveva evitare. In sostanza, sebbene si sia di fronte ad una formulazione 'unitaria' (verbo + compl.ogg.), dal punto di vista semantico sarebbe presupposta una separazione nel procedimento logico seguito dai *veteres*: da un lato il profilo del *custodire*, d'altro lato quello del riconoscimento di uno *stare praes*.

Questo dato coglierebbe una coerenza di fondo nel modo di intendere il *custodiam praestare* dei *veteres* e della giurisprudenza successiva, a prescindere per ora dalle singole ipotesi rilevanti. In sostanza, come per i giuristi del I-II sec. d.C., con *custodiam praestare* si intenderebbe essenzialmente lo *stare praes* del debitore nel caso in cui la cosa da custodire fosse rubata (vd. ad es. Giul./Cels. D.47,2,14,10 e *Gai.* 3,205), così per i *veteres*, non si sarebbe dovuto indagare se la sorveglianza fosse stata adeguata o meno, ma soltanto constatare l'esistenza di un certo evento di cui bisognava in ogni caso rispondere. In sostanza come il *frangere* dei formulari catoniani indicava sia l'evento che la condotta tipica, così il *custodire*, richiamato dal sostantivo *custodia* della for-

(184) Di contrario avviso il ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 280-281, che ritiene che anche i *veteres* facessero riferimento ad una *diligentia in custodiendo*. Una tale lettura però non dà ragione del loro dubbio (sulle ragioni del quale questo A. d'altronde non si sofferma).

mulazione *custodiam praestare*, non sarebbe solo un « *curare et operam dare* » (vd. Alf.Var.D.19,2,29) affinché la cosa non fugga, non venga rubata o danneggiata, ma sarebbe la sorveglianza idonea come tale ad evitare una certa eventualità.

Bisogna ora chiarire, però, quali siano le ipotesi a cui i *veteres* pensavano. Prendiamo, ad esempio, quelle discusse dai giuristi successivi: il danneggiamento ed il furto. Sia il danneggiamento da parte di terzi della cosa comodata, che il furto, non sembrano teoricamente dare ragione della diversa regolamentazione a seconda del tipo di *res commodata*, dato che la provenienza dall'esterno sia del danno che del furto, non giustificherebbe l'individuazione di caratteristiche 'interne' della *res* che pongano su un diverso piano la *custodia* come attività. In particolare rispetto all'ipotesi del furto, l'interpretazione che nega la sua configurabilità in ordine allo schiavo, in quanto fattispecie che si sarebbe presentata agli occhi del giurista o come un rapimento, e quindi come una *vis*, oppure come una fuga (185), è contraddetta dalle fonti che parlano ripetutamente di una *subreptio* dei *servi* (vd. ad es. D.47,2,36 pr., 2,3; 14,5-7; 83,2; PS. 2,31,12) e qualificano talvolta il fuggitivo come un *fur sui* (D.47,2,61) (186).

La prospettiva che animava originariamente il dubbio dei *veteres*, quindi, non sarebbe tanto quella della *custodia* in relazione a fattori 'esterni' (*custodia*-difesa), quanto quella della *custodia* rispetto a fattori 'interni', propri della *res* custodita, come quelli della fuga. Ciò spiegherebbe bene il dubbio rispetto al comodato dello schiavo, in quanto in questo caso — salvo eccezioni — a differenza che per un cavallo, la cosa presa in prestito non abbisogna di una sorveglianza mirata ad evitare la fuga (187). A riguardo, infatti, proprio la natura di *res se movens* del *servus* (vd. per questa terminologia ancora Labeone in D.21,1,1 pr.),

(185) Così F. Pastori, *Il commodato in diritto romano* cit., pp. 265-266.

(186) Vd. a riguardo W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge (1908), Univ. Press, pp. 11-12; p. 271; A. Watson, *Roman Slave Law*, Baltimora and London (1987), Johns Hopkins Univ. Press, pp. 58 sgg.; ed ora H. Stigler, *Servus fructuarius subreptus (actio furti, ususfructus, custodia)*, in *Festschr. Wesener* cit., pp. 467-479.

(187) Esattamente C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 46-47.

permette di impartirgli istruzioni che richiedono capacità di autonomia e di indipendenza, qualità queste che ne fanno una *res* insostituibile. Se si tiene conto poi del complesso sistema di controllo proprietario, espresso dall'intreccio di misure coercitive e premiali attraverso cui il *dominus* realizzava il forte legame di « fedeltà » ed « obbedienza » dello schiavo (188), si comprende bene il contesto nel quale matura il dubbio dei *veteres*.

Tutto questo è coerente anche con la prima eccezione ricordata da Ulpiano, la consegna dello schiavo in ceppi, in base alla quale per i *veteres* anche il comodatario del *servus* può dover *stare praes* per la *custodia*. Il fatto che lo schiavo sia consegnato legato, infatti, non è certo un mezzo per evitare il furto da parte di terzi, ma semmai il segnale di una abitudine di questo alla fuga. In sostanza, in base ad una certa interpretazione della attività richiamata dal sostantivo, il *custodiam praestare* avrebbe comportato per i *veteres* originariamente una garanzia riflessa nel 'rispondere' per la fuga dell'animale (L.5,9 D.13,6) e talvolta del *servus* (L.5,6 D.13,6) anche quando non sia rinvenibile una *culpa* del comodatario. L'esempio del *vinctus* rappresenterebbe in questa prospettiva 'la' prima ipotesi affermatasi come eccezione alla regola dell'assenza di un *custodiam praestare* del comodatario di uno schiavo. Con la *vinctio servi* il *dominus* poteva, in sostanza, modificare la normale presunzione che faceva considerare gli schiavi come *res* non soggette al *custodiam praestare*, a differenza degli animali. La *vinctio* era il segno di riconoscimento che lo schiavo consegnato non poteva essere adibito a mansioni non controllate che avrebbero permesso una sua indipendenza di movimento, di per sè in contrasto con la sua abitudine alla fuga esplicitata dalla legatura. Il secondo esempio, quello del *servus infans*, potrebbe indicare che la giurisprudenza, su questa prima ipotesi, dipendente da un aggravamento degli obblighi del comodatario ricollegabile alla volontà delle parti contraenti rispetto all'ipotesi della fuga (189), venne ad individuare un criterio obietti-

(188) Vd. sul punto K.R. Bradley, *Slaves and Masters in the Roman Empire. A Study in Social Control*, Bruxelles (1984), [Latomus 185], pp. 21-45.

(189) E non solo a quella del comodante come vorrebbe C.A. Cannata, *Ricerche* cit., p. 48.

vamente rilevante, come l'incapacità di *fari et loqui* o la giovane età, che più di altri era considerato idoneo indicatore della necessità di sottoporre lo schiavo comodato ad un controllo e ad una sorveglianza particolari. In questo caso, però, non sembrerebbe rilevare soltanto la custodia idonea ad evitare la fuga dell'incapace di parlare correttamente (*in-fans*) o minore di sette anni, data la difficoltà di immaginare nello schiavo di così giovane età una volontà di fuggire, ma anche quella idonea ad evitare una sua scomparsa fortuita, oppure dovuta a fattori esterni, come appunto il furto (sulla *subreptio infantis* vd. ad es. Paul. 39 *ad ed.* D.13,1,13; D.40,12,12,1; Cels. 42 *dig.* D.47,2,68,2). L'ipotesi del prestito dello schiavo *infans*, allora, potrebbe essere espressione dell'acquisizione, storicamente posteriore, di un ulteriore significato tipico del *custodire* richiamato dalla *custodia* nell'espressione tecnica *custodiam praestare*: non solo sorveglianza idonea ad evitare la fuga, ma anche quella atta a scongiurare il furto.

Gli esempi di Ulpiano dimostrano quindi come la prospettiva dei *veteres* non fosse legata originariamente all'ipotesi del furto. In dottrina si è detto che ciò rifletterebbe « quella che probabilmente era la limitatezza della concezione repubblicana della *custodia*: sorveglianza atta ad evitare la fuga » (190). Una tale interpretazione del *custodire*, coerente al dubbio dei *veteres*, potrebbe aver portato, per le difficoltà probatorie di distinguere le due ipotesi, ad estendere la tutela del proprietario non solo per l'eventualità della fuga, ma anche per quella del furto, come l'esempio dello schiavo-*infans* confermerebbe (191). Si tenga conto, a riguardo, che per Q.Mucio chi sleghi il servo altrui non per *misericordia* è tenuto per il furto (Ulp. D.4,3,7,7).

La preponderante rilevanza, poi, del furto rispetto alla fuga nelle discussioni della giurisprudenza successiva in tema di *custodiam praestare*, si spiegherebbe per la maggiore importanza che il primo assume da un punto di vista quantitativo dal momento in

(190) C.A. Cannata, *Ricerche* cit., p. 121.
(191) Vd. esattamente M. Kaser, *Die actio furti* cit., p. 111.

cui il *custodiam praestare* viene riconosciuto in relazione al prestito di cose inanimate.

Le ipotesi della *vinctio* e dello schiavo-infante, pur nella loro differenza, rappresenterebbero, in definitiva, i primi casi da cui prende forma la distinzione tra *servi* che *custodiri non solent* e *servi* che *custodiri solent* (D.13,6,18 pr.; D.6,1,21), la quale persegue lo stesso fine attraverso un criterio diverso, quello della obiettivizzazione delle abitudini del servo e delle sue precedenti condotte (192). Ma quest'ultima sarebbe solo una regola che si sovrappone ad una casistica complessa, reinterpretandola (193), la quale dai *veteres* in poi individua nella volontà delle parti ed in indizi obiettivi il criterio per estendere o meno al prestito del *servus* il *custodiam praestare* (194).

La diversa *ratio* applicata nel caso di comodato di uno schiavo nè in ceppi, nè *infans*, andrebbe quindi ricercata nella normale spettanza al proprietario delle mancate restituzioni della cosa comodata non dovute ad una colpa del comodatario. Proprio la scomparsa del *servus* non dovuta ad una *culpa* del comodatario, data la particolare natura mobile e pensante della *res commodata* (*res se movens*), sarebbe un'eventualità inerente soltanto al rapporto di fedeltà tra *servus* e *dominus*, non suscettibile come tale di essere posta a carico di un terzo (195).

(192) Vd. ad es. A. Metro, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 153-154 e n. 170; M. Kaser, *Die actio furti* cit., p. 110.

(193) Accentuano questo profilo V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 169-170; M. Kaser, *Die actio furti* cit., p. 111.

(194) Si deve quindi pensare che nell'ipotesi normale di schiavo comodato, il comodatario avrebbe potuto essere condannato solo se il furto o la fuga fossero dovuti alla sua colpa; vd. in questo senso M. Kaser, *Die actio furti* cit., p. 110.

(195) Il Kaser parla di « Gefahr » che « in der 'Sklavenhaltung' inbegriffen ist »; *Die actio furti* cit., p. 110. Adattando le parole di Aufidio Namusa in D.13,6,5,7 al caso di specie si potrebbe dire che come la morte, anche la scomparsa del *servus* (fuga, furto e rapina) sia normalmente un « pericolo del proprietario » (*periculum domini*; su cui *infra* cap. IV,1,3). Riguardo alla fuga *servus qui custodiri non solet* (o per i *veteres* dello schiavo non *vinctus*) si coglie nella letteratura una tendenza a spiegarne l'inimputabilità al comodatario in termini di *vis*; vd. ad es. J. Biermann, *Custodia und vis maior*, in ZSS.12 (1892) R.A., p. 60; F. Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti* cit., in ZSS.32 (1911) R.A., p. 49 (n. 2 continua) e p. 84; F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 172-173 e

Qual è, allora, la ragione del *custodiam praestare* del comodatario 'obbligato' *iure honorario* a *rem reddere*?

A mio avviso essa va ricercata in una valutazione approfondita degli interessi delle parti e della funzione negoziale. Prendiamo come modello l'ipotesi su cui non c'erano discussioni, quella del prestito d'uso di un cavallo: da una parte vi è un soggetto che necessita di un cavallo per un viaggio o per un trasporto, dall'altra parte un *dominus* che decide di soddisfare gratuitamente le esigenze di quello. Per i *veteres*, se da un lato la morte e la rapina dell'animale sarebbero state eventualità a cui il comodante come *dominus* andava necessariamente incontro, d'altro lato la fuga, ed in un secondo momento il furto, rappresentavano le eventualità di cui chi ha chiesto il prestito avrebbe dovuto in ogni caso star garante, in base proprio ad una certa interpretazione del custodire. A questo schema il comodato di schiavi inserisce la variante della *res* non solo « mobile » ma anche « *se movens* », che come tale sposta, salvo eccezioni (inizialmente il *servus vinctus*, poi quello che *custodiri solet*), la fuga non dovuta ad una *culpa* del comodatario all'interno dei 'naturali pericoli' del proprietario.

A ciò si aggiunga che le prime ipotesi che ci vengono testimoniate sono relative proprio a cavalli e *servi*, cioè a *res pretiosae* del *pater familias*. Il riconoscimento di un tale *praestare* del comodatario sembra quindi trovare un'adeguata giustificazione sotto diversi profili.

La giurisprudenza segue nel riconoscimento del *custodiam praestare* una strada simile a quella vista nei precedenti capitoli,

n. 2; H. Bellen, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaisersrecht*, Wiesbaden (1971), Steiner, p. 40 e n. 286; L. Paricio Serrano, *La responsabilidad* cit., in *Est. Iglesias* I, p. 484. In realtà, però, una tale interpretazione è contraddetta dall'accostamento della fuga al furto in Inst. III,23,3a rispetto al caso dei servi *qui custodiri solent* (vd. già E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen in klassischem römischen Recht*, Berlin (1918), [rist. Aalen (1964), Scientia], I p. 409), e dalla « rigidità » del concetto di *vis*, come « forza esterna e irresistibile ». La fuga verrà, invece, giustapposta all'elenco delle *vis* solo quando la giurisprudenza comincia a ricorrere al diverso concetto dei « casi fortuiti », idoneo a contenere oltre alle ipotesi delle « forze esterne ed irresistibili » anche altri accadimenti di fatto esclusi dal *praestare* del contraente pur non essendo una *vis*; vd. *infra*, pp. 469 sgg.

sebbene rispetto a un rapporto obbligatorio non tutelato come *oportere*: come nelle obbligazioni civili, anche in questo caso si ha una integrazione del contenuto dell'obbligazione pretoria; chi prende in prestito a titolo gratuito un animale altrui particolarmente prezioso, si obbliga non solo a restituirlo, come impone la *formula in factum concepta* dell'azione di comodato, ma anche a garantire una sorveglianza idonea ad evitarne la fuga.

Il *praestare* sarebbe, in questi casi, la normale conseguenza di un'adeguata valutazione degli interessi socio-economici impliciti nel contratto, e che impongono di rafforzare l'aspettativa del proprietario alla restituzione della *res pretiosior* di cui si è privato per venire incontro gratuitamente alle esigenze di un altro *civis*.

Le precedenti considerazioni, d'altronde, ci permettono ora alcune precisazioni di natura generale. Nell'uso da parte dei *veteres* dell'espressione *custodiam praestare* si coglie come una 'rottura' nel legame semantico che attraverso la costruzione sintattica dovrebbe unire il sostantivo al verbo. Il custodire, richiamato dal sostantivo, assume nella formulazione un valore particolare, viene cioè originariamente ad esprimere la custodia idonea ad evitare la fuga, conseguenza di una mentalità 'tipizzante' l'attività espressa dal sostantivo, che è propria del linguaggio giuridico di un certo periodo (*opera redemptoris damnum dare*, *frangere* nei formulari catoniani; *occidere, urere, frangere* e *rumpere* nella legge Aquilia). L'uso del verbo *praestare*, poi, coerentemente al significato che si è visto nei precedenti paragrafi, comporta a sua volta il riconoscimento, una volta che il *reddere* non sia oramai più possibile, di una condizione del comodatario, di uno *stare praes*, che consegue a quelle specifiche ipotesi. Nell'espressione *custodiam praestare*, in sostanza, *custodia* avrebbe un significato specifico che rimanda sia alla idea di custodire, sia agli eventi che questa attività deve evitare, mentre il *praestare* esprime quel particolare *status* di garante, che la giurisprudenza riconosce in conseguenza delle modalità che hanno portato alla mancata restituzione.

In questa prospettiva ha ragione chi parla di « equivoco », nella qualificazione della *custodia* come « criterio di responsabili-

tà » al pari della colpa e del dolo (196), in quanto il sostantivo rimanda alla attività a cui si considerano vincolati alcuni contraenti. Meno esatto è invece interpretare l'intera formulazione accentuando più il profilo del 'sorvegliare' che quello del 'rispondere', cioè più quello della *custodia* che quello del *praestare*, parlando solo di « custodire per procurare un certo risultato » (197), perché in questo modo, si rischia di non riconoscere al *praestare* il suo esatto ruolo, che appunto è quello di esprimere il 'rispondere' del contraente in caso di fuga dell'animale o del *servus vinctus* (198).

Ciò sarebbe altresì coerente con quanto si è visto nelle sentenze di Publio Mucio e di Catone padre dell'Uticense, dove il riconoscimento dello 'star garante' è successivo e dipendente dall'individuazione di un presupposto dell'inadempimento nel comportamento del contraente (*culpa* e dolo). La difficoltà con il *custodiam praestare* è che in questo caso, a differenza del dolo e della colpa, possediamo soltanto l'espressione 'ellittica' che rende in modo sintetico, ma tecnico, il risultato di questo ragionamento. Il fatto che *praestare* abbia come oggetto la *custodia*, non significa allora che la formulazione abbia il significato unitario di « fornire la custodia → custodire », ma che al « custodire » inteso nel senso sopra chiarito, si collega uno *stare praes*. Questi due momenti — individuazione della eventualità tipica di mancata custodia e riconoscimento del *praestare* — dovevano essere in origine probabilmente anche dal punto di vista linguistico separati, analogamente a quanto attestano per la colpa ed il dolo le *sententiae* di P. Mucio e di Catone padre dell'Uticense.

E. *Le condizioni del riconoscimento del* praestare *in alcuni rapporti obbligatori del* novum ius civile *e del* ius honorarium: *il* dolus, *la* culpa, *la* custodia.

Il riconoscimento *iure civili* e *iure honorario* di nuovi rapporti obbligatori segna un mutamento importante nella indagine

(196) C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 36 sgg.

(197) C.A. Cannata, *Ricerche* cit., p. 129.

(198) Vd. esattamente A. Metro, *Custodiam praestare*, in *Labeo* 13 (1967), pp. 60 sgg.; Id., Rc. a de Falco, in *Iura* 42 (1991), p. 160.; e ora, modificando in parte la sua precedente concezione, C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II, § 9.

sull'inadempimento. Il *praestare*, verbo che non è contemplato nelle formule delle azioni che tutelano questi rapporti, viene a sovrapporsi al *dare facere* o al *reddere*, una volta che essi non siano stati adempiuti e non possano più esserlo, attraverso l'interpretazione del contenuto dell'obbligazione. Questa operazione avviene, in un certo senso analogamente al modo in cui si descrive l'inadempimento nelle obbligazioni di *rem dare*. Come in questo caso i *veteres*, pur a fronte dell'impossibilità di adempiere, fingono, ai fini della condanna, che la *res* esista ancora nel caso in cui l'inadempimento sia imputabile al debitore (*si per eum stare quominus daretur* = *culpa*), e ciò in quanto l'impossibilità sopravvenuta per *factum promissoris* rende « perpetuo » l'*oportere* (D.45,1,91,3), negli esempi qui esaminati il *praestare* è comunque oggetto dell'obbligazione primaria, sulla quale si dovrà fondare il giudizio di condanna. In sostanza è il riconoscimento del *praestare* a giustificare a sua volta l'*actione teneri*, esprimendo quella « condizione di garante » del debitore, *quid* intermedio tra questo *teneri* e l'obbligazione di *dare*, *facere* o *reddere*, ed aspetto peculiare del 'rispondere' contrattuale romano. La differenza, però, tra la logica della *perpetuatio obligationis* e quella del riconoscimento del *praestare* è che, mentre nella prima, la 'rispondenza' del debitore viene riconosciuta in base all'impossibilità di adempiere al *rem dare* per un *factum promissoris* (= *culpa*), che impone di condannarlo come se la cosa esistesse, accentuando quindi il 'perpetuarsi' dell'*oportere* a *rem dare*, nella seconda, al *quidquid dare facere* o al *reddere* si sostituisce il *praestare*, cioè si considera il debitore obbligato ad assumere la « condizione di garante » rispetto all'accaduto, il che equivale a dire che egli ne deve 'rispondere' (199).

Nelle ipotesi viste il riconoscimento del *praestare* non coinci-

(199) È questo un tipo di ragionamento peraltro non sconosciuto al giurista moderno, in relazione, ad es., al riconoscimento di obbligazioni di garanzia attraverso l'interpretazione del contenuto dell'obbligazione. Si pensi alla « objektive Garantiehaftung » del diritto tedesco in relazione al § 440 Abs. 1; cfr. a riguardo *Münchener Kommentar zum BGB.*, Hrsg. K. Rebmann-F.J. Säcker, Band 3.1, München (1988[2]), p. 83; *Kommentar zum BGB. (Soergel)*, (1987[11]), 2/2 *Schuldrecht* I/2 (Huber), § 440, p. 657.

de, analogamente alla *perpetuatio obligationis*, con l'inadempimento del *dare facere* o del *reddere*, ma è condizionato dalla presenza o meno di un certo comportamento del debitore.

Nelle motivazioni delle *sententiae* di P. Mucio e di Catone *pater Uticensis* è evidente proprio la separazione logica tra la situazione che esiste, ma si pretende non dovesse verificarsi, o non esiste, ma si pretende dovesse esistere, e le circostanze che l'hanno prodotta, tra cui i comportamenti debitori dolosi e colposi. Questa separazione è indicativa, a differenza delle formulazioni ellittiche della giurisprudenza successiva (*dolum, culpam... praestare*), del modo attraverso cui si giunge al riconoscimento del *praestari oportere* del convenuto, sebbene il *dare facere* ed il *reddere* non siano più possibili. Ciò potrebbe altresì permettere di rileggere la formulazione *custodiam praestare*, che sarebbe quella 'ellittica', attraverso cui l'originario procedimento logico viene sintetizzato, e nel quale il primo termine richiama l'attività del custode, il custodire, interpretato in modo 'tipico' come sorveglianza idonea come tale ad evitare alcune eventualità (per i *veteres* la fuga e in un secondo momento, per la giurisprudenza successiva, il furto), senza che ciò implichi un giudizio sull'esistenza della *culpa*, mentre il secondo termine verrebbe ad indicare il 'rispondere' del debitore a ciò collegato.

La giurisprudenza di questo periodo sembra, altresì, impegnata a precisare e ad elaborare i concetti di riferimento per il riconoscimento di questo *praestare*. In particolare vengono ad articolarsi le condotte rilevanti, non più descritte solo da verbi che tipizzano oltre al profilo comportamentale anche alcune modalità dell'evento, come il *dare* e il *frangere* dei formulari catoniani, e forse, se è vera la nostra ipotesi, il *custodire* richiamato dal sostantivo *custodia* nella formulazione tecnica *custodiam praestare*, ma altresì da termini-concetti, come dolo e colpa, i quali, sebbene con valori semantici in parte ancora in movimento, fanno la loro apparizione nel linguaggio dei giuristi rispetto al problema inadempimento.

Dal punto di vista, infine, delle *rationes decidendi* che fondano questi riconoscimenti, sembra esservi una continuità nell'idea di fondo, già vista nei formulari catoniani, sulla centralità del

dominium — salvo che per la compravendita consensuale — per individuare la persona che dovrà subire il perimento inimputabile della *res*. Questa regola trova però, nelle potenziate tecniche di imputazione elaborate dalla giurisprudenza di questo periodo, un restringimento, permettendo di porre a carico del *non dominus* che detiene la *res* altrui il perimento o la scomparsa non dovuti soltanto ad un comportamento commissivo e diretto, ma anche ad un comportamento non direttamente e materialmente fonte dell'inadempimento, ma che permette in ogni caso di porre a carico al debitore l'accaduto (*culpa; culpare*) (200).

Il quadro così offerto, seppure nei limiti condizionati dalla esiguità delle fonti esaminate, sembrerebbe permettere di fissare alcuni punti di riferimento per i prossimi capitoli, nei quali seguiremo, per quanto sarà possibile, il contributo dei singoli giuristi al problema, al fine di cogliere gli sviluppi che porteranno al modello classico del *praestare* su cui si basa la *regula* di D.50,17,23. Questi punti di riferimento, seppure caratterizzati da una certa ipoteticità, permettono quanto meno di inserire la discussione della giurisprudenza successiva nella giusta prospettiva, liberando il campo da pregiudizi che, soprattutto rispetto al ricorso alla *culpa* nelle decisioni dei giuristi tardorepubblicani e di inizio principato, hanno condizionato talvolta le ricerche in materia.

5. *Àmbiti semantici delle prime modalità d'uso del* praestare *nel senso di* stare praes *nella giurisprudenza del II sec. a.C.*.

I precedenti paragrafi di questo II capitolo hanno individuato due àmbiti semantici delle prime modalità d'uso del *praestare* nel senso di *praes-stare*. Un filone, che potremmo chiamare 'cautelare', attestato in alcune stipulazioni di garanzia rispetto alle qualità della cosa venduta, vede il verbo usato al passivo per l'assunzione espressa da parte del venditore dell'impegno di *stare praes*. Ciò inizialmente, come ho sopra ipotizzato (II,2), sembra tradursi nell'obbligo di assumere in prima persona o attraverso

(200) Vd. S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., pp. 106-107.

terzi la posizione di 'garante' nel processo, il che testimonierebbe il più antico valore semantico del secondo significato del *praestare*, coerente peraltro al ruolo originario del *praes*.

Un altro filone — quello 'rispondente e giudiziale' — sembra, invece, collegarsi ad un'interpretazione del contenuto dell'obbligazione sia civile che pretoria, interpretazione che porta la giurisprudenza a riconoscere un *praestari* del contraente pur in assenza: vuoi di una sua espressa promessa al momento della conclusione del contratto, vuoi della sua esplicita menzione nella *formula* delle rispettive azioni (*reddere oportere = actio rei uxoriae*; *dare facere oportere ex fide bona = actio empti venditi*; *reddere = actio commodati in factum*). In sostanza, in base all'individuazione di alcuni presupposti considerati necessari per questo riconoscimento (*dolus, culpa* o *custodia*), il contraente, che si impegna contrattualmente a *dare facere* o a *reddere*, può assumere implicitamente il *praestari* che esprime l'obbligo di 'stare garanti' del mancato adempimento.

Questi due àmbiti di problematiche (assunzione espressa della condizione di garante in sede di conclusione del contratto; riconoscimento della condizione di garante come contenuto implicito dell'obbligazione assunta) rappresentano le due aree nelle quali compare un uso tecnico del verbo *praestare*, mantenendo in questo, a differenza della distinzione moderna tra 'garantire' e 'rispondere', una unitaria forma di espressione.

Val la pena altresì notare che, sebbene il *praestare*, nel senso di *stare praes*, si colleghi inizialmente alla voce passiva (*praestari*) solo a rapporti obbligatori tutelati come *oportere* (nell'*actio ex stipulatu*, come *o.* puro; nell'*actio rei uxoriae*, come *o.* informato al *bonum et aequum,* nell'*actio empti venditi*, come *o. ex fide bona*), palesando in questo modo la sua natura di concetto del *ius civile*, proprio le testimonianze in materia di comodato (*veteres* D.13,6,5,6-9; Q. Mucio D.13,6,5,3) dimostrano come ad esso si cominciò molto presto a ricorrere con valore attivo (*praestare*) anche nei rapporti obbligatori tutelati nel diritto creato dalla *iurisdictio* pretoria (201).

(201) Non sembra quindi che la diversità di fondo tra i due modi di tutela determinasse nella sostanza un irrigidimento della terminologia relativa; così G. Grosso, *Obbligazioni*[3] cit., p. 7.

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEL *PRAESTARE* IN QUINTO MUCIO SCEVOLA: L'EMERSIONE DI MODELLI DI COMPORTAMENTO IDONEI A VALUTARE L'INADEMPIMENTO ED IL 'NUOVO' GIUDIZIO SULLA *CULPA*

1. *Considerazioni introduttive.*

Dato che il quadro fino ad ora emerso modifica la prospettiva consueta che spesso impedisce di ricostruire in modo storicamente articolato il problema, è possibile affrontare già con Q. Mucio Scevola la questione del contributo del singolo giurista al contenuto del *praestare*. L'attività rispondente di Q. Mucio, infatti, interviene in un dibattito già iniziato nella *iurisprudentia* che vede emergere modi di riconoscimento del *praestare* collegati a concetti come *dolus*, *culpa* e *custodia*. Diviene quindi necessario affrontare nuovamente le esegesi di passi famosi, per i quali ancora pesano dubbi di sostanziale genuinità, al fine di contribuire alla ricostruzione storica del problema, di pari passo con l'estensione delle 'potenzialità' dogmatiche che la storia stessa potrebbe offrire e che spesso sono rimaste per così dire invisibili, entro il modello che si è ritenuto essere mano a mano maturato nella discussione giurisprudenziale, e che la compilazione giustinianea fa proprio.

2. *Il* praestare *del comodatario: la* culpa, *la* diligentia *e l'*omne periculum.

A. *Esegesi di Ulp. l. 28* ad ed. *(D.13,6,5,3).*

Ulp. l. 28 *ad ed.* D.13,6,5,3.

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia

existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum susciperit.

Bisogna innanzitutto chiarire il rapporto tra regola ulpianea e *sententia Quinti Mucii*. Ulpiano sta commentando la formula dell'*actio commodati*; il giurista severiano ritiene che il *praestare* del comodatario debba essere valutato secondo l'*utilitas*. Perciò, dato che dal prestito d'uso gratuito trae vantaggio di regola il comodatario stesso, si deve ritenere più vera l'opinione di Quinto Mucio che riconosce contenute nel suo *praestare*, la *culpa* e la *diligentia*, ed in casi particolari l'*omne periculum*, quando cioè la cosa comodata sia consegnata *aestimata* (1).

La sostanza della *sententia* repubblicana ha rappresentato un problema non solo per quei contributi orientati a riconoscere per l'età preclassica e classica esclusivamente una 'responsabilità oggettiva' (2), ma anche per gli studi più recenti non sistematicamente propensi a criticare soluzioni fondate sulla *culpa* (3).

(1) Per il VOCI, forse Q. Mucio si oppone ad una contrapposta concezione che considerava il « comodatario responsabile in ogni caso », anche senza l'*aestimatum*; *Diligentia* cit., in SDHI. 56 (1990), p. 140; tale supposizione, però, è contraddetta sia dal tenore del discorso ulpianeo, sia dalla naturale spettanza al *dominus* del perimento inimputabile della cosa oggetto di *reddere* attestata già nei formulari catoniani.

(2) All'interno dei contributi così orientati è un luogo comune la sostituzione con custodia del richiamo alla colpa ed alla diligenza; G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'*actio depositi, in AG.83 (1909), p. 274 [= *Scritti giuridici* II, p. 96]; P.ÖRTMANN, *Die fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin (1890), p. 143; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 105; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS.40 (1919), R.A., pp. 188-189 e 208 nt. 2; B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertraghaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe Gierke* II, pp. 259 sg.; W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., pp. 270-271; J. PARIS, *Responsabilité de la custodia en Droit Romain*, Paris (1926), Sirey, pp. 115-116; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* cit., p. 353 n. 1; P. KRÜCKMANN, *Custodia*, in ZSS.64 (1944), R.A., pp. 16-17; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in ZSS.65 (1947), R.A., pp. 121-124; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, in ZSS.68 (1951), R.A., pp. 229-230.

(3) Cfr. per gli autori più recenti F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano* cit., pp. 15 sg. e n. 13; p. 213; pp. 261-262; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in ZSS.73 (1956), R.A., pp.

D'altronde l'espressione *culpam praestare* non è di per sè sospetta, ed anzi è propria, come abbiamo visto, del linguaggio del padre di Q. Mucio, P. Mucio (D.24,3,66 pr.), e di Q. Mucio l'Augure secondo la notizia ciceroniana (« *Perge vero — inquit Mucius — Crasse. Istam enim culpam, quam vereris, ego praestabo* » Cic., *de orat*. I,24,113 (4)). Si deve, poi, tener conto dell'uso attestato con particolare frequenza proprio nel latino del I sec. a.C. di *diligentia* (5). Per queste ragioni pur a fronte di una cospicua letteratura vale la pena riprendere la discussione sul frammento.

Rimandando a quanto detto già in relazione al riconoscimento di un *custodiam praestare* da parte dei *veteres*, si deve ritenere che al tempo di Q. Mucio già esistesse una tutela autonoma del

103-106; E. BETTI, *Periculum* cit., p. 150; ID., *Imputabilità* cit., pp. 72 sg.; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtigenden Verträgen*, in ZSS.82 (1965), R.A., p. 3 n. 1; G. SCHERILLO, *Comodato (dir. rom.)*, in ED. VII (1960), p. 989 n. 90 e 92; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 170; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 266; pp. 272-273; ID., *Sul problema della responsabilità* cit. (in corso di pubbl. in *Iura* 43-44), cap. III § 18; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in ZSS.89 (1972), R.A., p. 207 e n. 169; C. KRAMPE, *Proculi epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe (1970), Müller, p. 56; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali (Corso di diritto romano)*, Milano (1973), Giuffrè, p. 220; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der 'vis maior' im römischen Recht*, in *Iura* 32 (1981), p. 80 (ma ora per la genuinità ID., *System der Verantwortung im römischen Recht* cit., in BIDR. 92-93 [1989-1990], p. 593); F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 61; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano (1983), Giuffrè, pp. 91-94; C.M. TARDIVO, *Studi sul commodatum*, in AG.204 (1984), pp. 280-290; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D.50,17,23* cit., pp. 212 sgg.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., il quale non si pronuncia sulla paternità muciana p. 304; da ultimi per la genuinità sostanziale si schierano P. VOCI, *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), pp. 140-141; M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides'* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* cit. II, p. 149 n. 44 (il quale peraltro critica nel § 2 dello stesso fr. il richiamo alla *merces* nel deposito), pp. 149-152; mentre il PARICIO SERRANO, coerente alla sua datazione del riconoscimento di una azione tipica di comodato, non lo ritiene degno di fede; *La responsabilidad en el comodato romano* cit., in *Estudios Iglesias* I (1988), p. 476 n. 42.

(4) Cfr. a riguardo G. BESELER, *Culpam praestare*, in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 326-327; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 170 n. 1.

(5) Plauto già conosce la parola; in Varrone ricorre 9 volte, nella *Rhet. ad Her.* 7 volte e in Cicerone 283 volte; vd. *Th.L.L.* s.v. *diligentia*.

prestito d'uso attraverso una azione *in factum*, la quale condizionava la condanna per il « QUANTI EA RES ERIT », al REM REDDITAM NON ESSE (6).

L'ipotesi contraria, che considera già esistente il *iudicium in ius* di comodato in base al contenuto del *praestare* del comodatario indicato da Q. Mucio nel frammento (7), è in realtà in contrasto con il responso di Trebazio Testa in Paul. 11 *ad ed.* (D.4,3,18,3) (8), e muove da un presupposto non provato: che la *formula in factum* dell'*actio commodati* contenesse, come quella di deposito, il richiamo al *dolus malus*.

Esattamente è stato, però, rilevato come *Gai*. IV,47 non parli di uguaglianza tra le due *formulae* ma di « similitudine » (« *similes etiam commodati formulae sunt* ») (9), e che proprio il fatto che nelle prime fonti in materia da noi possedute si discuta di un *custodiam praestare* e di un *culpam praestare*, sia un valido indizio dell'assenza nella formula di un richiamo ad un qualsiasi « *standard of liability* » (10).

La formulazione « EAMQUE AoAo REDDITAM NON ESSE », delimitante il profilo dell'inadempimento, darebbe, poi, ragione dello sforzo muciano di individuare un criterio-modello per guidare i giudici a fronte di una indicazione del fatto tutelato non esauriente dal punto di vista della sentenza da emettere, tenendo conto che le parole della *formula* non vanno interpretate come esprimenti una rilevanza assoluta dell'inadempimento (11). Una lettura di questo genere contrasta, infatti, con la regola *res perit domino*, che proprio nelle restituzioni di *species* è applicata

(6) Così O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*³ cit., p. 252; vd. ora le osservazioni di C.M. Tardivo, *Studi sul 'commodatum'* cit., pp. 234-240.

(7) O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, p. 603.

(8) Su cui vd. P. Zannini, *Spunti critici* cit., pp. 103 sgg. con ampia discussione degli autori precedenti.

(9) C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in AG. 52 (1894), p. 479 [= *Opere* III, p. 91].

(10) A. Watson, *Law of Obligations* cit., p. 167; C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 179-188.

(11) Il Pastori, al contrario, ritiene che analizzando il solo tenore della formula *in factum* non vi sia spazio per un'indagine della condotta del comodatario in caso d'inadempimento dell'obbligo di restituzione; *Il commodato* cit., pp. 258 sgg.

già nei formulari catoniani (*de agri cult*. 144,5; 146,6) e che può essere derogata solo se il perimento della cosa sia imputabile al *non dominus* (vd. *supra* I,2,B). La differenza con le clausole dei formulari del *de agricultura* sta nel fatto che nel parere di Q. Mucio il perimento è posto a carico del comodatario non solo in caso di condotta direttamente incidente sulla cosa (come nelle *scalae fractae* dei formulari catoniani), ma ogniqualvolta esso sia dovuto ad una sua *culpa*, il che comporta un notevole ampliamento delle condotte rilevanti.

In sostanza la *conceptio in factum* del pretore, nonostante preveda come condizione della *condemnatio* al Q.E.R.E. un « REM COMMODATAM REDDITAM NON ESSE », va interpretata coerentemente alla concezione emersa fin dalla prassi cautelare. In tal modo è possibile ribaltare un tipo di lettura che in mancanza di dati per l'epoca più antica ripropone, spesso inconsapevolmente, una interpretazione 'evoluzionistica'. Il fatto che il comodatario usasse in accordo con il proprietario cose di quest'ultimo, doveva permettere solo in parte di spostare le conseguenze patrimoniali del perimento dalla sfera del *dominus* a quella del detentore, e ciò secondo una certa valutazione delle modalità dell'accaduto.

Non ci rimane, ora, che approfondire l'opinione del giurista repubblicano: il modo ed il contesto attraverso cui questa ci è tramandata non rivelano il collegamento con il caso da cui trae origine, ma ci viene riportata in una prospettiva 'astratta', condizionata probabilmente dal tipo di richiamo che interessa ad Ulpiano. Essa riconosce come normali contenuti del *praestare* del comodatario *culpa et diligentia*.

Prima di comprendere le eventuali ragioni che possono aver spinto il giurista repubblicano a condizionare la *condemnatio* pecuniaria del comodatario che non restituisce all'inadempimento di un *culpam praestare*, ritengo opportuno dovermi soffermare sul binomio « *et culpam... et diligentiam* ».

I due termini, che qui vengono giustapposti, ricorrono insieme anche in un parere di Q. Mucio in materia di *damnum iniuria datum*: uno schiavo muore per la caduta di un ramo tagliato dal potatore; la condotta dell'agente è considerata colposa sia

quando non è conforme al comportamento dell'uomo diligente, sia quando il potatore gridando avrebbe potuto evitare l'accaduto: (Paulus l. 10 *ad Sab.*: « *sed Mucius dixit... posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, eum periculum evitari possit* »; D.9,2,31) (12).

I due termini si dimostrano, nel giurista repubblicano, collegati ma non coincidenti e sembrano solo in parte descrivere facce diverse della stessa medaglia, da un lato la conseguenza di un giudizio negativo del comportamento tenuto (*tum denuntiatum esset, eum periculum evitari possit*), e perciò ascritto a *culpa*; d'altro lato un aspetto 'positivo' della condotta che l'agente potrà provare conforme o meno al modello dell'uomo *diligens* (*quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*) (13).

(12) Sulla cui genuinità e sul significato che si deve dare a '*provideo*' cfr. S. Schipani, *Resp. ex lege Aquilia* cit., pp. 141 sgg., ed ivi altra bibliografia; vd. ora in senso analogo I. Molnár, *System der Verantwortung* cit., in BIDR. 92-93 (1989-1990), pp. 584-586. Sul passo da ultimo A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Barcelona (1993), Bosch, p. 423; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 5.

(13) Per il Tafaro *culpa* esprimerebbe gli atteggiamenti negativi che non si devono tenere e *diligentia* lo sforzo positivo per la « realizzazione degli scopi contrattuali »; *Regula* cit., pp. 214-215; il Cannata, invece, ritiene che proprio in base a D.9,2,31 l'*et culpam praestandam et diligentiam* di D.13,6,5,3 « avrebbe avuto poco senso », dovendosi allora sostituire a *diligentia*, *custodia*; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III, § 18 d). Tuttavia nella stessa interpretazione di questo A. di D.9,2,31 emerge bene la differenza tra le due ipotesi ascritte a *culpa*; altresì si riconosce che « quando i giuristi romani volevano sottolineare la presenza di un dovere di diligenza attiva, e cioè l'imputabilità di un pregiudizio sulla base di un criterio di colpa omissiva, esprimevano il concetto dicendo che il soggetto in questione deve *diligentiam praestare* ». Se si collega questo dato con il significato premuciano di *culpa* come *factum promissoris* nei *veteres* in tema di *perpetuatio obligationis*, e *culpa* come comportamento non doloso soggetto però a rimprovero (P. Mucio in D.24,3,66 pr.), si comprende bene perché Q. Mucio affianchi a *culpa* la *diligentia*. L'altro argomento del Cannata, che « Q. Mucio non poteva tacere della responsabilità per *custodia* del comodatario », in quanto « il problema si poneva già a quel tempo, se non altro in ordine agli schiavi... e agli animali », non tiene conto del limitato ruolo del *custodiam praestare* rispetto al comodato di cose diverse e meno preziose dei cavallli e degli schiavi. La regola, quindi, era proprio quella del *culpam et diligentiam praestare*, a cui si accompagnava già all'età di Q. Mucio il *custodiam praestare*, nel senso di « responsabilità senza colpa » in caso di fuga, solo per il prestito d'uso di *res* particolari come i cavalli e i servi, se consegnati *vincti*.

Le difficoltà interpretative per il giurista moderno risiedono nel significato per lui acquisito della colpa, come negligenza, imperizia e imprudenza. In realtà però, come già si è avuto modo di notare per la *culpa Gracchi* di P. Mucio (D.24,3,66 pr.), una tale prospettiva sarebbe falsante e precluderebbe una corretta comprensione storica delle prime apparizioni del concetto e delle sue modalità d'uso (14).

Rispetto al modo di intendere la *culpa* da parte di Q. Mucio, è possibile superare il generico significato di giudizio negativo su un comportamento tenuto e riconoscergli un più preciso contenuto, dato il confronto del suo parere in tema di comodato, con la definizione in tema di *lex Aquilia*. Il tenore della sua *sententia*, infatti, non identifica la colpa con la diligenza, ma giustappone i due termini (« *et... et* »). Tenendo conto del fatto che nella definizione data in tema di *damnum iniuria datum* il modello dell'uomo-diligente è solo uno dei due esempi attraverso i quali il giurista indica l'esistenza di una *culpa* del *putator*, è allora possibile ipotizzare in che modo egli collegasse i due concetti. Il modello dell'uomo-*diligens* può fornire al giudice uno strumento, ma non il solo, per riconoscere la *culpa* (15). Esso è soltanto uno dei criteri utili al giudicante per individuare una *culpa* del convenuto, e forse il più idoneo ad astrarsi dalle particolarità delle ipotesi esaminate. Doveva, altresì, rappresentare per quest'ultimo il contenuto della prova liberatoria, che il perimento della cosa era potuto accadere sebbene avesse tenuto un comportamento conforme a questo modello (16). Saremmo in sostanza di fronte

(14) Cfr. a riguardo le precisazioni di W. Kunkel, *Diligentia* cit., p. 287; e pp. 337 sg.; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 16; per un tentativo di ricostruire i momenti più significativi dell'arricchimento dei significati espressi da *culpa* vd. C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 315-321; e ora Id. *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 5-6-7-8.

(15) Sul rapporto tra *culpa* e *diligentia* in Quinto Mucio vd. ulteriori considerazioni *infra*, III. 5.

(16) La prospettiva probatoria sembra emergere in un responso di un altro giurista repubblicano, Servio D.18,6,12 (11), che cerca di precisare la '*culpa*', escludendola quando il venditore « *eam diligentiam adhibuisset..., quam debeant homines frugi et diligentes praestare* »; sul passo (su cui *infra*, IV,2,B) nella prospettiva qui indicata si vd. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS.100 (1983), R.A., pp. 349-350.

ad un ragionamento analogo a quello che in età posteriore sarà riflesso dal *culpae adnumerare* (cfr., ad es., Gaio in D.19,2,25,4; D.9,2,8,1; D.50,17,132; e Celso in D.19,2,9,5).

Riguardo le ragioni che spingono il giurista repubblicano a condizionare la *condemnatio* pecuniaria al riconoscimento di un *culpam praestare*, è da rilevare l'estensione del *praestare* ad « ogni pericolo » nell'ipotesi dell'assunzione di un *aestimationem praestare*. L'estensione è, infatti, la conseguenza del diverso oggetto dell'obbligazione assunta, in un caso solo la restituzione della *res* avuta in comodato, nell'altro anche la corresponsione del suo valore monetario. In sostanza il comodatario, garantendo l'*aestimatio rei commodatae*, è obbligato alternativamente a restituire la cosa avuta in prestito o a pagare una somma di denaro, trovandosi a rispondere in modo assoluto del perimento della cosa comodata, in quanto, avvenuto il perimento, la sua obbligazione si concentrerebbe sulla prestazione pecuniaria. Si spiega, altresì, perché, nell'àmbito della fissazione di una regola del 'rispondere' (*praestare*) del comodatario, si parli solo di *culpa, diligentia* e *omne periculum*, e non di *custodia*. Sono questi, infatti, i concetti che per Q. Mucio esauriscono, in termini di *regula*, il possibile contenuto del suo *praestare*, salvo le eccezioni in caso di prestito di cavalli e talvolta di schiavi (vd. *supra*, D.13,6,5,6-9).

Ma perché, dato il riconoscimento formulare di una *condemnatio* quantificata sul valore della *res* (*q.e.r.erit*), solo nell'ipotesi in cui il comodatario garantisca preventivamente anche l'*aestimatio rei*, è tenuto a *omne periculum praestare*? La ragione della diversa ampiezza del contenuto del *praestare* (in un caso la *culpa* e la *diligentia*, nell'altro l'*omne periculum*) sta a mio avviso proprio nell'aggravamento della normale posizione del comodatario una volta che si impegni volontariamente a « star garante » in ogni caso del valore monetario della *res* (*qui aestimationem se praestaturum recepit*). Una tale garanzia, infatti, determinerebbe l'assunzione implicita dell'*omne periculum praestare* anche rispetto al suo obbligo di restituire la cosa (17).

(17) E non è un caso che se ne sia voluto dedurre « che la *aestimatio* finisce per creare una obbligazione *sui generis*, in cui, ove fosse andata perduta la *res* origi-

Il parere di Q. Mucio, in base al quale il comodatario « sta *praes* » in modo assoluto del perimento della cosa comodata, essendo a suo carico *omne periculum*, presuppone allora l'imperibilità della *pecunia*, che come oggetto di un obbligo alternativo alla restituzione, verrebbe qui considerata come un *genus* illimitato (18). È interessante notare come un giurista moderno sarebbe portato a considerare questa soluzione come la conseguenza di una vera e propria assunzione volontaria di 'rischio' da parte del comodatario, più che un criterio relativo al *praestare*, come invece attesta l'omogenea terminologia muciana che inserisce anche l'ipotesi dell'*aestimationem praestare*, a differenza del *pecuniam dare oportere*, entro un problema di *praestare*, in particolare l'*omne periculum*. Ciò, però, invece di portare a svalutare la prospettiva del giurista repubblicano, conferma l'opportunità della verifica di questi concetti e della loro 'storicizzazione' ai fini della comprensione della soluzione romana, la quale non distingue, una volta scelto il criterio applicabile, rispetto alle conseguenze che a questo si devono riconoscere, parlando in ogni caso di uno *stare praes*.

La soluzione di Q. Mucio — di considerare la *culpa et diligentia* il normale contenuto del *praestare* del comodatario — sembrerebbe, poi, condizionata da un lato da una ragione legata alla resistenza del 'modello proprietario' per l'imputazione del perimento della *res* anche all'interno di un rapporto contrattuale dal quale il detentore della *res* altrui trae particolare vantaggio e d'altro lato da una ragione che emerge nella dinamica processuale, nella quale solo l'individuazione della *culpa* consente di concludere e porre a carico la mancata restituzione, anche quando la *res* da restituire sia oramai andata perduta (19).

nariamente dedottavi, l'oggetto del rapporto si convertiva nella relativa *aestimatio* pecuniaria »; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*[2] cit., I, p. 469.

(18) Il ricorrere dell'*omne*, sta a significare che, sebbene anche rispetto alla *culpa* si sarebbe potuto parlare di *periculum* (vd. per Q. Mucio lo stesso D.9,2,31), nell'ipotesi esaminata si tratta di un 'rispondere' assoluto, sia in caso di colpa, sia in sua assenza.

(19) Non vi sarebbe quindi la necessità di ritenere che un giudizio sulla *diligentia* potesse emergere solo con l'azione di comodato *in ius concepta*, come invece vorrebbe lo SCHERILLO, *Comodato* cit., p. 990.

Siamo di fronte ad un ragionamento in parte analogo a quello riflesso nella *perpetuatio obligationis* introdotta dai *veteres* nelle ipotesi di perimento della cosa, oggetto di un « DARE OPORTERE », dovuto ad un *factum promissoris* (D.45,1,91,3) (20). La differenza è data dagli effetti che produce l'individuazione della *culpa*, in quel caso la « perpetuazione » dell'obbligazione di *rem dare*, in questo, invece, la sovrapposizione nei contenuti dell'obbligazione del comodatario al *rem reddere* di un *praestare*.

B. *Conferma del riconoscimento muciano di un* culpam praestare *in caso di mancata restituzione della* res commodata *(D.13,6,23)*.

Un passo tratto dai libri *ad Q. Mucium* di Pomponio conferma indirettamente la centralità del giudizio sulla colpa in Q. Mucio per riconoscere un *praestare* del comodatario in caso di inadempimento del suo *reddere*.

(20) Sul punto vd. A. Pernice, *Labeo* cit., B, pp. 269 sgg.; O. Gradenwitz, *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*, in ZSS.34 (1913) R.A., pp. 255 sgg.; C. Arnò, *Perpetuatio obligationis*, in AG.100 (1928), pp. 143-183; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 9-28; M. Kaser, *'Quanti ea res est'. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München (1935), Beck, pp. 92-99; M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., pp. 162 sgg.; Th. Mayer-Maly, *Perpetuatio obligationis: D.45,1,91*, in *Iura* 7 (1956), pp. 6-23; G. Grosso, *Obbligazioni*[3] cit., pp. 53 sg.; P. Voci, *Le obbligazioni* cit., pp. 125 sgg.; Id., *Diligentia* cit., pp. 44-45; C.A. Cannata, *Impossibilità sopravvenuta e 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in SDHI. 32 (1966), pp. 63 sgg; [= *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 90 sgg.]; Id., *Mora (dir. rom.)*, in ED. XXVI (1976), pp. 921 sgg.; Id., *Perpetuatio obligationis*, in *Sem. Complut. de Der. Rom.* 4 (1992), pp. 49 sgg.; Id., *Sul problema della responsabilità* cit. (in corso di pubbl. in *Iura* 43-44); H.H. Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* cit., pp. 173 sgg.; Id., *Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*, in T.42 (1974), pp. 25-44; D. Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit*, in ZSS.86 (1969) R.A., pp. 69-75; G. MacCormack, *Factum debitoris and culpa debitoris*, in T.41 (1973), pp. 59 sgg.; A. Torrent, *Factum promissoris*, in *Hom. Suárez* III, pp. 493 sgg.; M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Perpetuatio obligationis*, Padova (1979), Cedam pp. 12-36; M. Kaser, *Perpetuari obligationem*, in SDHI. 46 (1980), pp. 86 sgg.; pp. 127-139; M. Talamanca, *Obbligazioni* cit., pp. 34-37; W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., pp. 103 sgg.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., pp. 783 sgg.

Pomp. l.21 *ad Q. Mucium* (D.13,6,23).
Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.

Ego dà a *Tu* un cavallo in comodato, affinché *Tu* lo possa usare per raggiungere una certa località. Nel viaggio il cavallo si deteriora, senza che possa individuarsi una *culpa interveniens* del comodatario (21). Il *iurisperitus* per questa ragione esclude un *teneri ex commodato*. In realtà, si spiega, è *Ego* ad essere *in culpa*, in quanto ha comodato un *equus* inidoneo a sostenere un viaggio tanto lungo (22).

In dottrina si è distinto tra i significati della parola *culpa*, dove il termine nel primo uso sarebbe da intendere come *factum debitoris*, cioè solo come condotta commissiva, mentre nel secondo uso tradirebbe di più « una valutazione di natura subiettiva » (23).

A mio avviso, però, questa interpretazione non è accettabile. Non si capisce, infatti, perché una volta riconosciuto che il « *si nulla culpa tua interveniente* » è muciano (24), si debba poi accordare a questo concetto un significato delimitato al solo *factum promissoris*, quando proprio Q. Mucio dimostra nella L. 5,3

(21) Anche in questo caso l'itp. del *nulla culpa tua interveniente* è stata proposta da chi costruisce il *praestare* del comodatario nel diritto classico solo sulla custodia, mentre la colpa sarebbe innovazione giustinianea; ad es., F. Haymann, *Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht* I cit., in ZSS. 40 (1919), R.A., p. 176 n. 6; ma vedi le giuste osservazioni di F. Pastori, *Il commodato* cit., pp. 288-289; per la genuinità anche M. Garcia Garrido, *El 'furtum usus' del depositario y del comodatario*, in *Atti Acc. Rom. Cost.* IV (1981), pp. 849-850.

(22) Per il Luzzatto è questa parte finale del fr. uno degli es. nei quali si sovrapporrebbe per opera dei compilatori la concezione della responsabilità soggettiva, sopra la casistica classica, corrispondente ad una responsabilità obiettiva; *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 113 e n. 2.

(23) F. Pastori, *Il commodato* cit., p. 289.

(24) In questo senso d'altronde Balduinus, *Commentarius de jurisprudentia muciana*, in *Iurisprudentia Romana et Attica* I, col. 552; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae* cit., I, p. 98; S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Q. Mucium'*, Palermo I (1899), pp. 72 sg. [= in *Labeo* 7 (1961), p. 376]; F. Pastori, *Il commodato* cit., pp. 288 sg.; P. Zannini, *Spunti critici* cit., p. 95.

(D.13,6) di intenderlo in modo più ampio. D'altronde anche l'espressione *in culpa esse* relativa al comodante sembra essere coerente sia dal punto di vista linguistico (25), che da quello dogmatico al pensiero del giurista repubblicano, ed in particolare con un'affermazione contenuta nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio: « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentisse* » (D.50,17,203) (26). La condotta colposa del soggetto che subisce il danno esclude che questi possa veramente *damnum sentire* (27).

Che sia stato, allora, il commentatore Pomponio a motivare la soluzione di D.13,6,23 in termini di *culpa* del comodante, estendendo ad un'ipotesi diversa una considerazione che Q. Mucio aveva fatto rispetto ad un'altra fattispecie, sembra poco probabile, e comunque poco importante, in quanto tale motivazione è coerente con il modo di vedere del giurista repubblicano e sembra inserirsi nella costruzione e nella presenza di regole interpretative a cui il giurista commentatore si sarebbe conformato.

C. *Il* culpam praestare *del comodatario come regola idonea a superare il limite della tutela della mancata restituzione « dolosa » attraverso l'*actio furti *(D.47,2,77 pr.).*

Dopo aver verificato la paternità muciana del *culpam praestare* del comodatario, ritengo non esaurito il quadro dei problemi che a questo dato si collegano. Credo, infatti, si debbano ricercare le ragioni che hanno portato il giurista ad individuare proprio nella colpa il concetto idoneo ad esprimere meglio una serie di comportamenti in qualche modo condizionanti il perimento o la perdita della *res commodata*. In questa prospettiva, la rilevanza dei soli comportamenti dolosi nella tutela con l'*actio furti*, può aver avuto un ruolo fondamentale per la centralità che

(25) L'« *in culpa esse* » è utilizzato frequentemente da Cicerone, mentre è questo l'unico passo in cui ricorre in Pomponio; vd. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., in ZSS.100 (1983) R.A., p. 351.

(26) Per questo collegamento vd. già S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio* cit., I, p. 73 [=pp. 376-377].

(27) A riguardo si è, invece, parlato di *culpa* nel significato generico di imputabilità; M. Talamanca, *Colpa (dir. rom.)*, in ED.VII (1960), p. 518.

il giudizio sulla colpa assume nell'indagine sull'inadempimento del comodatario. In questa direzione sembra infatti muoversi un altro passo di Pomponio dei libri *ad Q. Mucium*:

Pomp. l.38 *ad Q.Mucium* (D.47,2,77 pr.)
Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. Sed nec depositi...: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

Chi faccia un uso della cosa comodata diverso rispetto a quello previsto per la conclusione del contratto (28), non è tenuto per furto nei confronti del proprietario, se ritenne che quest'uso fosse implicitamente permesso da quello (*si existimavit se non invito domino id facere*). Si deve innanzitutto riconoscere la regola sottintesa: il comodatario, in caso di *furtum usus*, è tenuto normalmente dall'*actio furti*.

Un passo di Gellio (*Noctes Att.* VI,15,2) fornisce una conferma di come quest'assunto fosse già contenuto nei XVIII *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, dove è chiara la differenza tra *servandum dare* e *utendum accipere*: « *Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit ... — ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit* » (29).

(28) I richiami al deposito non interessano in questa sede, tanto più che, come è stato notato, non avrebbe senso — ed in effetti Q. Mucio non ne farebbe menzione — parlare di un uso difforme nel deposito dato che « il depositario non può usare in alcun modo la cosa »; C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali* cit., p. 299. Si deve pensare più che ad una interpolazione giustinianea di questo inserimento (così invece Di Marzo, *Saggi critici* cit., p. 118) ad una integrazione di Pomponio ; vd. P. Zannini, *Spunti critici* cit., pp. 98-99; Id., *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, in *Atti Sem. Probl. Contr.* cit. II, p. 176 e n. 4. Vd. sul problema anche M. Bretone, *Storia del diritto romano*[3] cit., p. 307 e n. 54.

(29) Lo Scherillo ritiene che « se il comodatario che fa della cosa un uso diverso da quello pattuito commette furto, è lecito desumere che fosse considerato furto anche il comportamento del comodatario che non restituisse la cosa »; *Comodato* cit., p. 985; questa constatazione, di per sè corretta, non implica però, come vorrebbe l'autore, la mancanza di una concorrente tutela *commodati in factum*, proprio in quanto la mancata restituzione sarebbe sanzionata in un caso solo se inten-

L'eccezione, e cioè che lo stesso comodatario non subisce l'azione penale nel caso sia convinto di agire *non invito domino*, è coerente proprio ai presupposti del *furti teneri* riconosciuto solo per comportamenti dolosi (30). È chiaro, però, che l'impossibilità di ottenere la condanna per furto del comodatario al multiplo del valore della *res* nel caso in cui questi non intenzionalmente ne avesse fatto un uso difforme, sia poco sensibile agli interessi proprietarii (31). Il diverso uso della cosa, sebbene non doloso, altera, infatti, non solo le ragioni che avevano spinto quest'ultimo a prestare gratuitamente una propria cosa al comodatario, ma altresì i pericoli che il comodante in quanto proprietario aveva accettato di correre concludendo il contratto. In questo caso proprio il *culpam praestare* del *teneri* contrattuale permette di porre a carico del *non dominus* il perimento della cosa avvenuto durante l'uso difforme non doloso, ma fondato comunque su una valutazione ingiustificata del comodatario. Si dovrà, cioè, verificare se il comodatario non abbia alcuna ragione per supporre un'implicita *permissio domini* (32).

L'analisi della condotta del comodatario, ed in particolare il ricorso a modelli comportamentali diversi di caso in caso (*in primis* quello dell'uomo *diligens*), viene quindi a rappresentare in Q. Mucio il criterio centrale per caratterizzare questa forma di

zionale e nell'altro anche se colposa. Vd. altresì sul rapporto tra il passo di Gellio e D.47,2,77 pr., C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 297 sgg.; M.J. GARCIA GARRIDO, *El 'furtum usus'* cit., in *Atti Acc. Rom. Cost.* IV (1981), pp. 845-846; P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato* cit., pp. 173 sgg.

(30) *Gai.* III,197; vd. in questo senso ad es. J. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano* cit., p. 463.

(31) Per l'opportunità dell'introduzione della tutela negoziale proprio in relazione alle condizioni per il riconoscimento del *teneri* del comodatario vd. P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., p. 138; ID., *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato* cit., pp. 174-175; V. GIUFFRÈ, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne*, Napoli (1989), Jovene, pp. 26-27.

(32) Per il FERRINI questo convincimento del comodatario dovrebbe fondarsi « su una base solida e seria »; *Storia e teoria del contratto di commodato* cit., in AG.53 (1894), p. 54 [= *Opere* III, p. 126]; vd. altresì PASTORI che parla di « giudizio obbiettivo » in base al quale il comodatario avrebbe dovuto « supporre l'assenso del *dominus* »; *Il commodato* cit., p. 281.

tutela rispetto al *teneri* delittuale limitato ai comportamenti dolosi (33). La rilevanza della condotta colposa diviene così la via per fornire un criterio duttile alle diverse sfumature dei casi possibili, attribuendo allo stesso tempo tipicità alla funzione negoziale del prestito d'uso rispetto alla più limitata rilevanza delittuale della mancata restituzione, che era come tale inadatta a soddisfare le esigenze proprietarie una volta che la cosa fosse prestata spontaneamente a terzi (34).

Questa tendenza conferma altresì l'impressione sopra manifestata (D.18,1,66,1) che Q. Mucio operasse con un concetto delimitato di dolo, che necessariamente chiarisce le premesse dogmatiche entro cui si realizza un'utilizzazione particolarmente vasta del concetto di *culpa*.

3. *Il* fidem et diligentiam praestare *del protutore (D.27,5,4).*

Pomp. l.16 *ad Q. Mucium* (D.27,5,4)
Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestet, quam tutor praestaret.

Chi gerisce i negozi del pupillo *pro tutore*, deve *praestare* la medesima *fides et diligentia* che avrebbe garantito il tutore (35).

(33) Dagli autori che se ne sono occupati la valutazione del parere muciano in relazione all'impianto interpretativo dell'azione *in factum* è spesso negletta, riallacciandosi di solito invece alla tutela *in ius*, oramai presente nell'età di Pomponio; vd. ad es. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato* cit., in AG.53 (1894), p. 54 [= *Opere* III, p. 126]; F. PASTORI, *Il commodato* cit., p. 281.

(34) Vd. a riguardo alcuni spunti in F. WUBBE, *I contratti reali alla fine della Repubblica*, in *Contractus e pactum* (Atti Copanello) cit., p. 118; e P. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato* cit., II, pp. 173 sgg.; in particolare pp. 176 sgg.

(35) Sul passo J.CHR. HASSE, *Culpa des römischen Rechts* cit., p. 174 n. 2 e pp. 261-262 n. 1; S. ZIMMERN, *Über die culpa bei Protutel*, in AcP.1 (1818), pp. 252-256; CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., 32 (1829), p. 315; M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena (1874), Fischer, p. 37; I. ALIBRANDI, *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori*, in BIDR. 2 (1889), pp. 159-160; H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in ZSS.32 (1911) R.A., pp. 243 sgg; W. KUNKEL, *Diligentia* cit., p. 287 n. 1; E. SACHERS, *Tutela*, in PWRE. VII A 2 (1948), coll. 1492 sgg.; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano* cit., pp. 136-139; E. BETTI, *Imputabilità*

Non si tratta in questo frammento di valutare il contenuto dell'obbligo del tutore verso il pupillo, che anzi si dà per presupposto, ma di estenderne l'operatività anche al *pro tutore*, cioè a chi gerisca i negozi del pupillo non essendo formalmente tutore, sia perché ritenga erroneamente di essere veramente il tutore, sia perché finga di esserlo (Ulp. l. 36 *ad ed.* D.27,5,1,1) (36).

Questa equiparazione è da ricondurre a Quinto Mucio, a Pomponio, o ai compilatori?

Per rispondere a tale quesito bisogna prima chiarire perché il contenuto del *praestare* di chi gerisca i negozi pupillari non essendo tutore, non sia di per sè uguale a quello del tutore. La necessità di adeguamento, infatti, tradisce una tutela giuridica differenziata dei due rapporti: tutore-pupillo e *gestor pro tutore*-pupillo. Chi gestisce non essendo tutore i negozi del pupillo non può essere convenuto con l'*actio tutelae*, ma, almeno inizialmente, solo con l'*actio negotiorum gestorum*. Soltanto in un secondo momento, attraverso questa azione adattata specificamente all'ipotesi della *pro tutela*, la particolare gestione del non tutore assume una caratterizzazione tipica (37).

dell'inadempimento cit., p. 186; F. Cancelli, *Diligenza (diritto romano)*, in ED. XII (1964), p. 519; H.H. Seiler, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln/ Graz (1968), Böhlau, p. 234; A. d'Ors, Rc. Seiler, in AHDE. 42 (1972), p. 864.

(36) Quest'ultima ipotesi pone il problema della originaria distinzione tra *falsus tutor* e *non tutor*; a riguardo ancora valide sono le considerazioni di S. Solazzi, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, in AG.91 (1924), pp. 150 sgg.

(37) Si ritiene infatti: che il pretore avesse adattato l'*actio negotiorum gestorum* alla particolare gestione *pro tutore*, al fine di equiparare le due obbligazioni; e che l'*actio pro tutela* come tale non fosse classica; cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., pp. 310-311; S. Solazzi, *Quod falsus tutor* cit., in AG. 91 (1924), pp. 162-164; H.H. Peters, *Generelle* cit., pp. 243-263; F.M. de Robertis, *La protutela nel diritto romano*, Bari (1956), Cacucci, conclusioni p. 45; Id. *De eo qui pro tutore negotia gessit (sulla gestione a non tutore dei negozi pupillari)*, (estratto) da *Ann. Bari* (1957), pp. 20 sgg.; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 222 sgg.; A. Masi, *L'actio pro tutela nella compilazione giustinianea e nella dottrina bizantina*, in *St. Senesi* 74 (1962), pp. 197 sgg.; p. 218; H.H. Seiler, *Der Tatbestand der neg. gestio* cit., pp. 208 sgg.; M. Talamanca, Rc. Seiler, in *Labeo* 17 (1971), p. 236; G.I. Luzzatto, Rc. Seiler, in SDHI. 35 (1969), p. 485; J. Gaudemet, *A proposito di negotiorum gestio*, in *Index* 1 (1970), p. 271; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit. I, p. 367 n. 51; II, p. 233; R. Knütel, *Mehrfacher Verfall von Kautionen*, in ZSS.92 (1975) R.A., p. 156 e n. 83. Più incertezza, invece, c'è sul tipo di adattamento operato: per il Lenel si sarebbe ricorso ad una finzione (« *si tutor fuisset* ») inserita nell'*intentio*, dopo aver precisato nella *demonstratio* il particolare *negotium gerere*; *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 310. Il Solazzi pensa ad un'*actio utilis negotiorum gestorum*; *Quod falsus tutor* cit., pp. 162-164. Per il de Robertis, invece, « i giuristi classici, piuttosto che sommettere tutti i rapporti nascenti dalla gestione a non tutore dei negozi pupillari alla disciplina unitaria di un'unica azione », avrebbero « fatto capo a distinte azioni, secondo le particolarità dei singoli casi e la maggiore o minore analogia con questo o quell'istituto »; *De eo qui pro tutore* cit., p. 4; così anche E. Betti, *op. ult. cit.* pp. 222 sgg. L'ipotesi del Seiler (*Der Tatbestand* cit., pp. 259-260) che sopprime la finzione proposta dal Lenel mantenendo però l'adattamento dell'azione *negotiorum gestorum* sembrerebbe essere ora la più accreditata; vd. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 367 n. 51 e II, p. 233; R. Knütel, *Mehrfacher Verfall* cit., p. 156 n. 83; *contra* G.I. Luzzatto, Rc. cit., in SDHI. 35 (1969), p. 485.

Il parere ricordato in D.27,5,4, da questo punto di vista, non conosce un panorama edittale nel quale vi sia già stata la tipizzazione di questo particolare *negotia gerere*, e nel quale perciò, si sia formalizzato un suo adeguamento al rapporto di tutela. Esso è invece coerente ad un sistema che conosce, rispetto a questa ipotesi, solo una tutela con l'azione *negotiorum gestorum*, attraverso la quale la particolare posizione del gestore, quella cioè di gestire negozi pupillari *pro tutore*, non avrebbe assunto ancora una tipica valutazione pretoria. Il giurista del responso di D.27,5,4, in sostanza, vuole uniformare i presupposti del *praestare* del gestore rispetto a due situazioni che sebbene coincidenti dal punto di vista dell'esercizio della gestione dei negozi pupillari, differiscono da quello della tutela giuridica, producendo effetti diversi rispetto alle conseguenze dell'inadempimento, essendo il *iudicium tutelae* infamante, a differenza di quello *negotiorum gestorum*.

Dato, allora, che Pomponio conosce quantomeno l'*actio negotiorum gestorum* specifica di *pro tutela* (vd. ad es. D.27,6,1,3-5) (38), il parere riportato nei libri di commento *ad Q. Mucium* deve ricollegarsi al contenuto originario dell'opera commentata.

La questione, così impostata, impone preliminarmente che si verifichi se ad una coincidenza del tipo di gestione di fatto esercitata corrispondesse anche un omogeneo impianto interpretativo

(38) Cfr. a riguardo H.H. Seiler, *Der Tatbestand* cit., p. 231.

per valutare i due rapporti. A riguardo data la natura *bonae fidei* del *iudicium tutelae* già per l'età muciana (Cic. *de off.* III,70), ritengo difficile giustificare l'analogia di regime che viene proposta, senza che vi sia una analoga descrizione delle due obbligazioni nelle rispettive formule delle azioni. Sebbene quindi non si possa con certezza concludere che l'*actio neg. gest.* fosse già all'età di Q. Mucio un *iudicium bonae fidei* (cfr. Cic. *de off.* III,66 con *Top.* 17,66) (39), sembra questa l'ipotesi più verosimile (40).

In sostanza, il giurista repubblicano avrebbe di fronte due rapporti obbligatori tutelati con azioni aventi la stessa *intentio* (« QQ. DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA »), ma che importerebbero, in caso di *condemnatio*, data la diversa *causa obligandi*, delle conseguenze giuridiche profondamente diverse: il *iudicium tutelae*, infatti, come si è detto, a differenza di quello *negotiorum gestorum*, è infamante.

Sappiamo d'altronde da Cicerone (*Top.* 10,42) che nel I sec. a.C. il tutore è obbligato a *fidem praestare*. Il passo qui esaminato ci dice, però, che egli deve *fidem et diligentiam praestare*. Salvo interpretazioni completamente impostate su ipotesi di interpolazione (41), si è ritenuto da un lato che la formulazione, seppure genuina, non abbia un significato tecnico (42), e d'altro lato che *fides et diligentia* rappresentino qui « un'endiadi e un unico concetto, ossia un criterio direttivo unitario » (43).

A riguardo, ritengo si debbano fare alcune precisazioni: che il tutore rispondesse ben prima della concessione dell'*actio tutelae* per tutti quegli atti che si traducevano in inadempimento del suo *officium*, non deve essere visto come il risultato esclusivo di un giudizio sulla sua mancata diligenza, ma al contrario è la conseguenza dell'avere disatteso quella *fides* che fonda il rapporto tra tutore e pupillo già prima del riconoscimento di una azione di buona fede contro il primo (44).

Fides e *diligentia*, quindi, non possono considerarsi un unico concetto, e nemmeno la *fides* il pendant sostanziale della *fi-*

---

(39) « *In omnibus igitur iudiciis, in quibus ex fide bona est additum... parati esse debent [sc. iurisconsulti]. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset et cuius ea negotia fuisset, ..., alterum alteri praestare oportet...* »; su cui vd., ad es., V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, rist. anast. ed. 1949, Napoli (1965), Jovene, pp. 33-34; G. Nicosia, *Gestione d'affari altrui (storia)*, in ED. XVIII (1969), p. 633.

(40) Il d'Ors, al contrario, ritiene che l'azione *negotiorum gestorum* all'età di Q. Mucio fosse *in factum*, in quanto se fosse di buona fede vi sarebbe « una equiparación excesiva a la tutela; sino también si se piensa en la ausencia de tal acción en la liste gajana de los *iudicia bonae fidei...* », in AHDE. 42 (1972), p. 864. Non si capisce peraltro perché nella lista gaiana la presenza dell'azione sia considerata una « ausencia ». Si deve altresì notare che il limite che questo A. vorrebbe trovare nella eccessiva « equiparazione » tra le due azioni per il riconoscimento di una azione *neg. gest.* di buona fede non ha senso, solo si pensi ai diversi regimi che i vari contratti e quasi contratti possono dar vita, sebbene essi producano invariabilmente un vincolo giuridico espresso come QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA.

(41) Così I. Alibrandi, *Dell'azione* cit., in BIDR. 2 (1889), pp. 159-160. Per il de Robertis l'intero inciso andrebbe espunto perché:1) in contrasto con il criterio classico del *periculum tutelae*; 2) fosse pure genuino, esso contrasterebbe anche la normale prospettiva con cui i giuristi indagano la '*bona fides*' che non è quella delle cause d'imputazione ma delle cause d'esonero; 3) in contraddizione con D.26,7,5,7; 4) se poi si fosse realmente guardato alla *bona fides* per individuare l'imputazione, si sarebbe preso in esame solo il dolo; *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari (1960) Cacucci, pp. 136-139. In realtà però tutti gli argomenti portati a sostegno da questo A. non sembrano decisivi in quanto a ben vedere quelli dei numeri 1, 2 e 4 riposano su delle premesse non provate: che nel diritto classico operino esclusivamente criteri di « responsabilità senza colpa »; e che la « buona fede » sia indagata unicamente nella prospettiva della liberazione dalla « responsabilità » o in quella del dolo (vd. ora sul punto le diverse conclusioni di S. Tafaro, *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides'* cit., in *St. Biscardi* VI (1987), pp. 311 sgg.); il richiamo a D.26,7,5,7 non è poi decisivo, in quanto il passo citato, in cui è contenuto un parere di Giuliano, anche se fosse in netto contrasto con il parere di Q. Mucio, non dimostrerebbe per ciò solo la natura insiticia di quest'ultimo.

(42) W. Kunkel, *Diligentia* cit., p. 287 e n. 1.

(43) F. Cancelli, *Diligenza (dir. rom.)*, in ED. XII (1964), p. 519; il Pflüger parla di « pleonasmo »; *Zur Lehre von der Haftung* cit., p. 164.

(44) Cfr. le considerazioni di M. Lauria, *Periculum tutoris*, in *St. Riccobono* III, pp. 296-297 il quale però ritiene di collegare il criterio della *diligentia* alla *fides* (p. 312). Sulla portata della *fides* nella tutela vedi esattamente L. Lombardi, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano (1961), Giuffrè, p. 83; già prima dell'*actio tutelae* di buona fede, l'*accusatio/crimen suspecti tutoris* determinava l'*infamia* del tutore vd. E. Varela, *La 'actio tutelae' y la infamia*, in *Estudios Iglesias* I (1988), pp. 515 sgg., che però, accentuando le fonti nelle quali l'*actio tutelae* non conduce all'*infamia* del condannato, ritiene erroneamente di poter dedurre che questa azione non fosse infamante. Per il nostro punto di vista vd. oltre.

des bona della formula (45), ma al contrario quel che si deve approfondire è proprio se il *fidem praestare* acquisisca un preciso significato all'interno di un rapporto obbligatorio tutelato come *iudicium bonae fidei*. D'altronde, la semplice constatazione che la qualificazione della *fides* in *bona* assuma rilevanza solo nelle *intentiones* formulari del processo civile, mentre la *fides* in quanto tale ha delle modalità d'uso ben più ampie, dovrebbe mettere in guardia da valutazioni generiche (46). Il fatto, poi, che alla *fides* potestativa siano informati solo una parte dei rapporti tutelati con *iudicia bonae fidei* (tra cui appunto la tutela ma non la *negotiorum gestio*) importa di conseguenza che il contenuto dell'*oportere ex fide bona* ed il suo inadempimento operino su un piano non necessariamente coincidente con quella. Il che risulta chiaro se ci si pone nella prospettiva che condiziona il responso muciano: al contrario del tutore, infatti, il *negotiorum gestor* non è legato al pupillo da un rapporto fondato sulla *fides*.

Queste considerazioni devono essere precisate in relazione a quelle conseguenze dell'inadempimento della *fides* che incidono sulla « sfera personale » del debitore (47). Il fatto che l'infamia irrogata con la *condemnatio* in alcuni *iudicia bonae fidei* discenda dal dolo del convenuto, è stato spesso visto come la prova che in questi giudizi fosse rilevante solo l'inadempimento doloso (48).

(45) In questo senso invece H.H. SEILER, *Der Tatbestand der 'neg. gestio'* cit., p. 234.

(46) L'osservazione è in L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'* cit., p. 179.

(47) Come è stato notato, infatti, il venditore — ed il discorso può essere esteso da questo punto di vista al gestore — a differenza del tutore, una volta condannato per aver inadempiuto il suo « *oportere ex fide bona* », non è per ciò solo colpito nella sua « moralische Existenz » e nella sua persona; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronztafel von Alcàntara*, München (1989), Bayr. Akad. d. Wiss., p. 153; ed anche *Die Fides im römischen Völkerrecht*, Karslruhe (1991), Müller, pp. 42-44.

(48) La concezione secondo cui il dolo è l'unico criterio di imputazione nei giudizi infamanti risale in generale a L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig (1908), Duncker & Humblot, pp. 325 sgg.; e ha trovato consensi tra gli altri in V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 38 sgg.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit., pp. 24-25; ID., *Dolo (diritto romano)*, in ED. XIII (1964), pp. 712 sgg.; rispetto a singole azioni vd. per l'*actio fiduciae* G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'*actio fiduciae, in *Scr. giur.* II (1922), pp. 137

La critica a questa interpretazione (49), che trae spunto dalla individuazione delle differenze tra '*fides*' e '*fides bona*' (50), trova ora una base testuale nel recente ritrovamento della *Lex Irnitana* (c. LXXXIV ll. 9-10), in base alla quale la *iurisdictio* dei duoviri del municipio irnitano non poteva essere esercitata, tra le altre ipotesi, per i giudizi « *pro socio aut fiduciae aut mandati qu/od d(olo) m(alo) factum esse dicatur* », perché in questi casi bisognava rivolgersi ad un magistrato superiore (il preside della provincia) (51).

Il fatto che si delimiti in questi *iudicia* una pretesa a « ciò che è detto essere fatto con dolo malo » e si rimetta solo questa al magistrato superiore, se è coerente proprio con la scelta di far irrogare l'*infamia* da parte di esponenti della *res publica* dotati di *imperium* (mentre tale non era il duoviro), attesta che si potesse agire nel municipio *pro socio*, *mandati* e *fiduciae* in ciò che non era posto in essere con dolo (52).

L'*infamia*, in sostanza, sarebbe una conseguenza possibile,

sgg.; per l'azione di mandato V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., pp. 188-196; per la azione *pro socio* ID., *La società in diritto romano* cit., pp. 188 sgg.

(49) Vedi, ad esempio, per rilievi di carattere logico le giuste osservazioni di M. TALAMANCA, *Colpa civile* cit., p. 522; ed ora in modo approfondito M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides'* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* II (1990), pp. 129-171.

(50) Vd. a riguardo L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides* cit., pp. 173-179.

(51) Sull'inciso della *lex Irnitana* qui richiamato vd. A. D'ORS-J. D'ORS, *La Lex Irnitana (texto bilingue)* (1988), Universidad de Santiago de Compostela, pp. 66-67 (« ni a causa de sociedad fiducia o mandato por lo que resulte haberse hecho con dolo malo »); J.F. GONZÁLEZ, *The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law*, in JRS.76 (1986), p. 175 (testo latino); p. 195 (« provided the case is not... over partnership or fiducia or mandate, involving an accusation of wrongful intent »); p. 228 (commento); ed ora F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*, Napoli (1993), Jovene, pp. 348-349 « nè si agisca..., nei confronti del socio, o in tema di fiducia, o mandato, in ciò (limitatamente a ciò) che si sostenga posto in essere con dolo ».

(52) Cfr. le opportune considerazioni di I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., pp. 139-143. D'altronde che proprio all'inadempimento del *fidem praestare* sia da ricollegare la *notatio infamiae* sembra affermare Ulp. 1.6 *ad ed.* (D.3,2,6,5): « *'Mandati condemnatus': verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat* ».

ma non automatica, della condanna in questi giudizi, e precisamente essa sarebbe condizionata dalla condanna per inadempimenti dolosi, che esprimono in modo non equivoco l'esistenza di una rottura della *fides*, il che riecheggia anche nelle *Institutiones* di Giustiniano in materia di tutore *suspectus*, quando si afferma che « *suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non aeque* » (J.I,26,6).

Cosa significa, allora, il *diligentiam praestare* del responso muciano?

Proprio le precedenti considerazioni permettono un'ipotesi: mentre la *fides* imporrebbe una lealtà propria del particolare *officium tutelae*, rilevante non solo nei confronti del pupillo ma di tutta la *civitas* — e di qui gli effetti infamanti del suo inadempimento —, il garantire la propria *diligentia* nello svolgimento della gestione dei negozi pupillari verrebbe ad arricchire il contenuto dell'obbligazione del tutore attraverso l'interpretazione dell'*oportere ex fide bona* della formula dell'*actio tutelae*. Questa interpretazione permetterebbe, cioè, di condannare il tutore anche quando egli, nel gestire il patrimonio del pupillo, non si comporti da uomo diligente, venendo giudicato quindi in colpa, il che chiaramente non avrebbe portato, però, a conseguenze infamanti. L'intepretazione qui proposta permetterebbe, allora, di chiarire perché a fronte dell'*et culpam et dolum praestare* del *negotiorum gestor* (vd. *infra* D.3,5,10), Q. Mucio ritenga che il *praestare* del protutore, convenuto con l'*actio neg. gestorum*, contenga invece « *eandem fidem et diligentiam..., quam tutor praestaret* » (53).

La scelta di concetti come *fides* e *diligentia* è diretta proprio

(53) Il fatto che l'interpretazione del QQ. DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA in rapporti obbligatori non fondati sulla *fides* potesse portare al riconoscimento di un *dolum et culpam praestare*, non contraddice il significato qui proposto del *fidem praestare*, in quanto esso rifletterebbe proprio l'elasticità di questi giudizi, per i quali a fronte di una uguale *intentio*, la giurisprudenza elabora una particolare disciplina in relazione alla tipica *causa obligandi*; vd. a riguardo le giuste osservazioni di J. Vážný, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico, la responsabilità del tutore*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* (1935; Roma), II, p. 532 e p. 536. Sul rapporto tra *fides* e *diligentia* da un lato e *dolus* e *culpa* dall'altro vd. G. MacCormack, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *The Irish Jurist* 5 (1970), pp. 369-370.

a chiarire che, sebbene anche il *negotiorum gestor* « stia *praes* per il dolo e la colpa », ciò non sarebbe bastato quando egli geriva *pro tutore* i negozi del pupillo. In quest'ultimo caso, infatti, si vuole equiparare a tutti gli effetti questo rapporto obbligatorio con quello del tutore, sì da rendere possibile, quando il gestore si dimostrasse inadempiente rispetto ad obblighi che sarebbero imposti al vero tutore dalla *fides*, una sua condanna avente effetti infamanti.

La preoccupazione che traspare nel frammento non è, allora, come qualcuno ha ritenuto, quella di mitigare il più gravoso contenuto del *praestare* del *negotiorum gestor* (54), ma al contrario è quella di estendere al gestore-protutore le conseguenze più gravose della rottura della *fides* che lega il tutore al pupillo, al fine di equiparare le conseguenze dell'inadempimento tra chi di fatto gerisca i negozi di quest'ultimo non essendo giuridicamente il suo tutore ed il vero tutore.

4. *L'*et culpam et dolum praestare *del* negotiorum gestor.

A. *L'*actio negotiorum gestorum *come diretta ad un* « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA » *al tempo di Q. Mucio Scevola?*.

È opinione comunemente accolta che il pretore promise l'editto *de negotiis gestis* nell'età preciceroniana (55). La discussione si incentra invece sulla *conceptio formulae* (*in factum* o *in*

(54) In base all'assunto non provato che qui *diligentia* indichi la più specifica *d. quam suis*; vd. già S. Zimmern, *Über die culpa bei der Protutel* cit., in AcP. 1 (1818), p. 255; Chr. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., 32 (1829), p. 315; J.Chr. Hasse, *Culpa des römischen Rechts* cit., p. 174 n. 2 e pp. 261-262 n. 1; M. Wlassak, *Zur Geschichte der 'neg. gestio'* cit., p. 123; H. Peters, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., pp. 262-263; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 186.

(55) Cfr. M. Wlassak, *Zur Geschichte der negotiorum gestio* cit., p. 37; F. Atzeri, *I principi fondamentali della gestione d'affari I. Sul concetto originario della 'negotiorum gestio' nel diritto romano*, Cagliari (1890), Tip. Corriere, pp. 127-128; G. Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano (1893), Carebbe, pp. 10 sgg. ed in particolare pp. 26-27; vd. altresì H.H. Seiler, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 314 sgg:

ius) (56) e sulla originaria bilateralità dell'azione (57).

La natura di *iudicium bonae fidei* dell'*actio negotiorum gestorum* è attestata, come abbiamo già visto, per l'ultimo secolo della repubblica ed in particolare si ricorda come da tale *iudicium* nascesse un *praestare oportere* del gestore (Cic., *Top.* 17,66) (58). Questa affermazione ciceroniana sembrerebbe dare maggior credito alle ipotesi di quegli autori che hanno considerato esistente all'età di Q. Mucio la *formula in ius concepta* in base a Pomp. l. 21 *ad Q. Mucium* [D.3,5,10 (11)], dove si approfondiscono proprio i contenuti del *praestare oportere* del gestore (59). Essa però viene di solito posta in relazione con l'altra notizia ciceroniana (*de off.*III,70) che riporta un elenco degli *arbitria bonae fidei* di paternità muciana, peraltro non necessariamente tassativo, in cui non si menziona questa azione (60).

---

(56) Cfr. una rassegna delle posizioni in V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* cit., pp. 29-43; vd. altresì M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 589 e note.

(57) Vd. in senso negativo O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, pp. 1305 sgg.; G. Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., p. 2 e 27, il quale critica la soluzione affermativa di M. Wlassak, *Zur Geschichte* cit., pp. 185-186 e ritiene l'azione *in factum concepta* creata proprio per tutelare il gestore; cfr. altresì C. Ferrini, *Appunti sulla dottrina della 'negotiorum gestio'*, in BIDR. 7 (1894), pp. 85 sgg. [=*Opere* III, pp. 205 sgg.]; G. Segrè, *Sulle formule relative alla neg. gestio*, estratto da *Studi Moriani* (1906), pp. 12 sgg.; ed ora G. Nicosia, *Gestione d'affari altrui (storia)*, in ED. XVIII (1969), p. 636.

(58) Il Lenel elimina il « *praestare* » dalla *intentio* della *formula in ius* dell'azione *neg. gest.* solo alla terza edizione del suo *Das Edictum Perpetuum* cit.. In effetti tale mutamento di prospettiva è coerente con il riconoscimento, tutto giurisprudenziale, di prestazioni accessorie di garanzia, rispetto al « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA »; cfr., ad es., W. Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris*, in RISG. 97 (1970), p. 181 n. 70.

(59) M. Wlassak, *Zur Geschichte* cit., p. 37; per Lenel: « Bei fr.3 § 10 h.t. beginnt, ..., ein neuer Abschnitt von Ulpians Kommentar, der die formulae in ius conceptae zum Gegenstande hatte »; *Das Edictum Perpetuum*[3] cit., p. 102.

(60) Per il Nicosia, che critica la posizione del Wlassak, da D.3,5,10 non è possibile ricavare che Q.Mucio conoscesse un'*actio negotiorum gestorum in ius concepta* sia perché questa parte è « con tutta probabilità interpolata » (richiamando le opinioni di Arangio-Ruiz e Haymann), sia perché se anche non lo fosse « non sarebbe affatto sicura la supposizione che essa riproduca un'affermazione di Q. Mucio », tanto più che in base a Cic. *de off.* 3,17,70 nell'« elenco di *iudicia bonae fidei* già noti a Q. Mucio, il *iudicium neg. gest.* non è compreso »; *Gestione* cit., p. 633 n. 25.

L'aver concentrato l'attenzione solo su queste contrastanti testimonianze ciceroniane, ha impedito il formarsi di una *communis opinio* sul punto, portando ad escludere la possibilità di sapere se questa azione fosse o meno di buona fede già nella generazione precedente a Cicerone stesso (61).

Utile a superare l'irrigidimento delle contrapposte posizioni può invece essere, a mio avviso, proprio la verifica delle soluzioni sostanziali relative a questa azione, e ad esempio, come sopra si è visto, la possibilità che si instauri nell'età di Q. Mucio tra questo giudizio e il *iudicium tutelae* una analogia, possibilità questa che potrebbe presupporre una omogenea descrizione formulare (62).

B. *Esegesi di D.3,5,10 (11).*

Pomp. l.21 *ad Q. Mucium* [D.3,5,10 (11)]
Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coëmendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

Il passo tratto dai libri *ad Q. Mucium* di Pomponio riconosce l'obbligo di *et culpam et dolum praestare* per chi gerisce i negozi dell'assente, qualificato quest'ultimo altresì come *ignorans* (63). Ma Proculo — continua il frammento — ritiene che

---

(61) Ad es. per lo Zimmermann « the early history of neg. gestio and, particularly, of the formulae is largely a matter of conjectur »; *The Law of Obligations* cit., p. 437 n. 37.

(62) Vd. *supra*, III.3.

(63) L'Atzeri (*I principi fondamentali* cit., p. 148) ritiene superfluo l'*et ignorans*. In realtà però specificare che l'assente sia completamente all'oscuro della gestione ha un preciso significato in un ambiente giuridico in cui l'*absentis negotia gerere* comincia a distinguersi, entro il più ampio *aliena negotia gerere*, dalle ipotesi di predisposizione negoziale (mandato e procura) alla gestione. Per la conservazione dell'*absens et ignorans* J. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio* I, Heidelberg

talvolta il gestore debba anche *casum praestare*, ad es., quando gerisca in nome dell'assente un *novum negotium* che quest'ultimo non era solito fare.

A prescindere ora dal parere di Proculo e dalla seconda parte del passo (su cui *infra* vd. cap. VI), il richiamo a questo giurista in termini di eccezione alla regola del *culpam et dolum praestare* sposta ad una età precedente la elaborazione di quest'ultima. Dato quindi il giurista commentato, si è da tempo pensato proprio a Q. Mucio (64). La discussione si è in particolare incentrata sulla genuinità delle condizioni per il riconoscimento del *praestare* (65).

Le critiche che sono state proposte sono da un lato condizionate dalla contrapposizione tra diritto classico e giustinianeo, considerandosi l'*et culpam* un'integrazione coerente ad una concezione subiettivistica della responsabilità, che sarebbe estranea per ciò solo al giurista repubblicano (66); d'altro lato di natura puramente stilistica, accentuandosi la particolare costruzione « *et culpam et dolum* » che tradirebbe la « *interpolationistische Zutat* » del primo termine, sovrapponendosi questo alla responsabilità preclassica solo dolosa (67).

(1913), Winters, p. 27; sul rapporto con la procura fondamentale B. FRESE, *Prokurator und negotiorum gestio im römischen Recht*, in *Mél. Cornil* I (1926), pp. 327 sgg.; su quello con il mandato V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit., pp. 19 sgg.

(64) Vd. ad es. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* cit, p. 331 n. 46; A. PERNICE, *Labeo* cit., A, p. 494; B, p. 302; F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae* cit., I, p. 102; S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio* cit., II, p. 90 [parte non ristampata in *Labeo*].

(65) A riguardo bisogna rilevare la risalenza della posizione conservatrice che oltre al Pernice cit. nella nota precedente ha come sostenitore anche B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsänlichen und deliktsänlichen Schuldverhältnissen*, in ZSS.39 (1918) R.A., pp. 191-192; ID., *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.*, Roma (1934), I, p. 89 n. 3.

(66) Vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 217; F. HAYMANN, *Die Haftung des 'negotiorum gestor' wegen Verschuldens im klassischen und iustinianischen Recht*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* II, Pavia (1935), p. 452.

(67) E. SACHERS, *Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers*, in SDHI.4 (1938), pp. 343-345.

Come però è stato evidenziato, la costruzione utilizzata è argomento anche a favore della sua genuinità (68), non essendo sconosciuta alla stessa giurisprudenza classica (69), ed in realtà che essa è diretta ad esprimere proprio la volontà di giustapporre due concetti di cui si vuole accentuare l'indipendenza.

Eliminate le critiche formali, bisogna prendere in esame un argomento che sembrerebbe dimostrare sostanzialmente che la parte del fr. dedicata al *culpam et dolum praestare* sia insiticia. Si è infatti ritenuto che le parole « *damnum... te sequetur* » della seconda parte del fr., in base alle quali, secondo questa interpretazione, il gestore non potrebbe ottenere dal *dominus* il risarcimento del danno sofferto, rappresenterebbero la originaria prospettiva del caso, diversa per ciò da quella che risulta nella prima parte (70). Nel *iudicium contrarium* — si afferma — « non verrebbero in questione i limiti della responsabilità del gestore, bensì quelli del suo diritto al risarcimento » (71). Si creerebbe in questo modo una incongruenza fra la decisione e le premesse cui dovrebbe ispirarsi, incongruenza che indurrebbe necessariamente a pensare ad un inserimento dei compilatori o di annotatori postclassici (72).

A mio parere, però, il frammento attesta una logica unitaria, senza che si possano cogliere contraddizioni tra prima e seconda parte, ma solo, eventualmente, precisazioni ben spiegabili attraverso la sovrapposizione del giurista che commenta (Pomponio) al giurista commentato (Q. Mucio). Nella prima parte si individua il contenuto del *praestare* del gestore (*Tu*), indicando sia la soluzione normalmente seguita (quella muciana), sia un'eccezione in base alla particolarità dei negozi geriti (Proculo). Nella seconda

---

(68) H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung*, in ZSS.65 (1947) R.A., p. 184.

(69) Vd. *Gai.* III,211; quindi la preposizione della colpa al dolo non può di per sè fornire una prova della alterazione testuale; cfr. H.H. SEILER, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*, in *Studien Kaser (65.G.)*, (1973), p. 202 n. 31.

(70) Partendo da uno spunto del KÜBLER (*Die Haftung* cit, p. 194) è questo l'argomento dell'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 216-217.

(71) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 217.

(72) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 217.

Pomponio, sempre indicando con *Tu* il gestore, distingue tra la spettanza a quest'ultimo delle conseguenze negative (*damnum*), e la spettanza all'*absens* delle positive (*lucrum*), riconoscendo la compensazione tra il *lucrum* ed il *damnum* derivanti dai diversi atti compiuti, al fine di determinare se la gestione fosse stata effettivamente in passivo. Proprio Pomponio, d'altronde, sembra aver assunto posizioni particolari rispetto agli altri giuristi classici nel riconoscimento della compensazione tra *damnum et lucrum* (vd. D.17,2,23,1) (73).

È chiaro allora che la prospettiva è sempre quella del *iudicium* intentato dal *dominus* contro il gestore (*actio directa*) proprio perché, seppure il danno menzionato potrebbe essere in astratto anche quello sopportato dal secondo, l'averlo confrontato con il lucro dimostra che si hanno in mente solo gli effetti che la gestione ha sul patrimonio del primo (74).

La paternità muciana è già stata, d'altronde, riconosciuta attraverso valutazioni sostanziali (75), ponendo in confronto il passo in esame con D.3,5,3,9 secondo cui Labeone avrebbe affermato che: « *interdum in negotiorum gestorum actione dolum solum modo versari* »; sia l'estensione del riconoscimento del *praestare* alle conseguenze del *casus* per Proculo, sia la sua limitazione al solo *dolus* in Labeone, sono soluzioni date a fattispecie particolari introdotte in entrambi i casi da un *interdum*. Esse, quindi, non dimostrano che la *culpa* fosse estranea alla visione prelabeoniana, ma attestano al contrario la preesistenza della *regula* del *culpam et dolum praestare*. Esse provano altresì l'elasticità del *iudicium negotiorum gestorum*, e per ciò solo rafforzano il convincimento sopra espresso in via congetturale di una sua natura

(73) Cfr. D. Medicus, *Id quod interest* cit., pp. 208-209.

(74) In questo senso D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 209. L'assente, allora, in quanto *dominus* del patrimonio gestito ha interesse, appena tornato e presa conoscenza delle conseguenze negative delle *negotiationes* di non attendere l'eventuale pretesa del gestore a vedersi risarcire i danni sofferti dal suo patrimonio, ipotesi che d'altronde doveva verificarsi meno frequentemente rispetto al *damnum domini*, in base proprio al patrimonio gerito; vd. l'opposta posizione in V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* [2] cit., p. 217.

(75) H.H. Seiler, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers* cit., pp. 201-203.

bonae fidei fin dall'epoca di Q. Mucio, che porterebbe a determinare i presupposti del riconoscimento del *praestare* del gestore in base al concreto modo di atteggiarsi della gestione (76). In caso di gestione necessitata dal particolare rapporto tra l'assente ed il futuro gestore (*si affectione coactus*; D.3,5,3,9), si sente il bisogno di condizionare il suo *praestare* ai soli comportamenti dolosi; se, invece, il *gerere* abbia superato di fatto l'àmbito « consueto » delle negoziazioni dell'*absens*, il *praestare* si aggrava fino a ritenere il gestore tenuto alle conseguenze del *casus* (77). Sia l'attenuazione che l'aggravamento del *praestare* in condizioni particolari induce, quindi, a ritenere formata in età prelabeoniana una regola giurisprudenziale sui 'normali' presupposti del *praestare* del gestore, espressi nel responso muciano con *dolus et culpa* (78).

Ma perché per Q. Mucio il gestore senza mandato, iniziando utilmente la gestione dei negozi altrui, si impegnerebbe per ciò solo a « star garante » rispetto all'assente delle conseguenze della propria colpa? Sembrerebbe che per Q. Mucio, il *negotiorum gestor*, decidendo spontaneamente di immischiarsi nelle cose altrui, sebbene nell'interesse dell'assente, si obbligasse implicitamente a garantire una certa attenzione.

Ritengo che a questo riguardo, per comprendere la centralità che anche in questo caso viene accordata al criterio della *culpa*, non si possa che porre l'accento sull'attività richiesta nello svolgimento di una gestione. Il gestore, infatti, una volta cominciata utilmente la gestione è obbligato a condurla a termine, il che si potrebbe tradurre in una serie indefinita di comportamenti non determinabili *a priori*, ma che nell'esercizio della gestione possono dimostrarsi necessari. Di qui, nel giudizio sul corretto adem-

(76) Esattamente Th. Mayer-Maly, *Probleme der 'negotiorum gestio'*, in ZSS.86 (1969) R.A., pp. 429-430.

(77) Fondamentale H.H. Seiler, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio'* cit., p. 54; (su cui vd. Th. Mayer-Maly, *Probleme der 'negotiorum gestio'* cit., p. 429) ed ora dello stesso autore in modo più consapevole *Zur Haftung* cit., pp. 202-203; vd. altresì H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., pp. 165-166. Opportunamente il de Robertis accentua che il superamento delle « consuetudini 'negoziali' » sarebbe rilevante pur se « inconsapevole »; *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 488.

(78) F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 814 n. 21.

pimento della sua obbligazione, il riconoscimento di un suo *stare praes* anche per la colpa, la quale viene a fornire il concetto di riferimento per ogni tipo di gestione, che per le modalità con cui si svolge e gli effetti che produce, venga considerata riprovevole (79). In sostanza, chi decide spontaneamente di occuparsi delle cose altrui, sebbene non ne sia obbligato, è tenuto, una volta cominciata la gestione, non soltanto a non arrecare alcun danno intenzionalmente al patrimonio dell'assente, ma altresì a comportarsi come un uomo diligente, il che nuovamente rafforza la convinzione che qui il giurista sia di fronte ad un *oportere ex fide bona*.

L'impossibilità di definire con precisione cosa il gestore debba fare, condiziona la ricerca di parametri di valutazione molto 'elastici', idonei da un lato a sintetizzare il tipo di giudizio che si deve dare, e d'altro lato ad adattarsi alle innumerevoli peculiarità di cui questo giudizio deve tener conto. Di qui la *culpa* che, in base al significato che Q. Mucio gli accorda, si sarebbe tradotta in un giudizio sull'adeguatezza dei singoli comportamenti tenuti dal gestore al parametro dell'uomo-*diligens*.

Questo non conduce però, coerentemente al modo di procedere dei giuristi romani di questo periodo, ad un irrigidimento dei contenuti del *praestare* del gestore, potendosi avere una loro attenuazione o un loro aggravamento in base ai presupposti particolari e alle modalità concrete della gestione (80).

5. *Il* praestare *del venditore per il perimento colposo della cosa venduta; D.18,6,18 (17).*

In un altro frammento tratto dai libri di Pomponio *ad Q. Mucium* sembra riemergere un responso relativo al *praestare* del venditore di possibile paternità muciana.

(79) Su '*gerere*' vd. ora H.H. Seiler, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio'* cit., pp. 10 sgg., il quale definisce l'obbligo del gestore come « Handlungspflicht » pp. 14-15.

(80) Per il Seiler proprio per questo motivo le diverse soluzioni non si devono spiegare come differenze di scuola, in quanto esse sono frutto di una omogeneità sostanziale, a riprova che per loro « die Unterschiedlichkeit der Eingriffssituationen bei Geschäftsführung die Haftung des Gestors beeinflussen muß »; *Zur Haftung* cit., p. 203.

Pomp. l. 31 *ad Q. Mucium* [D.18,6,18 (17)]
Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuerit, deinde, cum omnia in integro essent, venditor mora adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

La testimonianza, in materia di *mora accipiendi*, presenta una certa complessità sia riguardo ai problemi giuridici e alle diverse soluzioni ivi ricordate, sia rispetto alla paternità delle stesse.

Bisogna distinguere a mio avviso tre parti: 1)*Illud/venditore*; 2) *Quod si/moram adhibitam*; 3) *sed videndum/* fine.

Nella prima parte si afferma che, dal momento in cui interviene la mora del compratore, il venditore non è più obbligato a *culpam*, ma solo a *dolum praestare*.

Nella seconda si introduce un'ipotesi diversa, quella della mora di entrambi i contraenti, che, secondo Labeone, nuocerebbe più al compratore che al venditore.

Nella terza si approfondisce questa ipotesi in base alla contemporaneità o meno della reciproca mora. Così, si ritiene corretto che l'*emptor* (*Ego*) sopporti comunque il danno nell'ipotesi in cui egli abbia « interpellato » il venditore, ma questi non abbia adempiuto alla consegna, e successivamente volendo invece lo stesso venditore effettuare la consegna, sia invece lui a non accettare (*prior = mora venditoris*; *posterior = mora emptoris*); allo stesso modo, nell'ipotesi contraria (*prior = mora emptoris; posterior = mora venditoris*), si deve considerare « equo » che la mora posteriore sia nociva al venditore (81).

(81) Cfr. su questa parte S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., in AUPA. 29 (1962), pp. 371-373.

La struttura così costruita del passo segue una logica precisa, quella di allargare i problemi collegati alla *mora* nella consegna della *res* venduta, inserendo su una soluzione più antica, in materia di sola *mora accipiendi*, un responso labeoniano in caso di mora di entrambi i contraenti, su cui Pomponio interviene per arricchire la discussione e proporre una propria soluzione attraverso l'accentuazione della successione temporale tra le due more.

Questo modo di procedere 'per casi' (realmente proposti e ipotesi di scuola) è familiare alle tecniche di commento dei giuristi classici, e non tradisce alcuna incoerenza che ci porti a pensare ad un intervento giustinianeo per un'intera parte del frammento (82).

La citazione labeoniana poi, come la dottrina ha già da tempo riconosciuto, riporta fedelmente un parere del giurista augusteo contenuto già nei *posteriores a Iav. epit.* per una vendita di vino (D.19,1,51 pr.) (83).

Più difficile è invece capire di chi sia la soluzione data in tema di sola *mora accipiendi*. A prescindere dai dubbi della critica interpolazionistica sulle singole parole (84), anche gli autori che più recentemente se ne sono occupati rinunciano ad una valutazione più stringente della sua paternità (85).

(82) Salvo le correzioni proposte per le singole parole, mi risulta che solo Haymann abbia proposto l'origine spuria di intere parti del fr., in particolare della terza parte in base alla nuova prospettiva introdotta da Pomponio, e la prima in base ad una non meglio motivata assenza di « jede Beweiskraft »; *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 264; per il significato che il fr. ha nella compilazione giustinianea vd. adesso F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 963.

(83) Cfr. ad es. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., II, col. 75 n. 2; F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 264; G. Beseler, *Romanistische Studien*, in T.8 (1928), p. 297.

(84) Si propone anche in questo caso la sostituzione di *culpa* con *custodia*; G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen (1920), IV, p. 65; W. Kunkel, *Diligentia* cit., p. 279 n. 3.

(85) Il monito di Schulz sulla difficoltà di distinguere nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio il pensiero del commentato da quello del commentatore sembrerebbe in questo caso particolarmente vera; per il Di Marzo lo *sciendum est* sarebbe un indizio della paternità pomponiana di questa parte; *Saggi critici sui libri di Pomponio* cit., II, p. 109; S. Riccobono Jr. (*Profilo storico della dottrina della mora* cit., in AUPA. 29, 1962, p. 367) ritiene che si possa affermare solo che il principio espresso

A mio avviso, argomenti sostanziali possono convincere che, sebbene formalmente non si possa dire con certezza se la prima parte sia effettivamente muciana (86), l'attenuazione del *praestare* del venditore in caso di *mora emptoris* fosse maturata nella sostanza già nell'età del giurista commentato.

La *mora accipiendi* del compratore è infatti al centro dell'attenzione dell'attività cautelare e rispondente della più antica giurisprudenza (per la vendita di vino in botti Cat. *de agri cultura*, 148; per la vendita di uno schiavo Sesto Elio e Druso in D.19,1,38,1) (87). Da questo punto di vista all'età di Q. Mucio la mora del compratore era ormai oggetto di riflessione consolidata da parte dei *iurisperiti*.

D'altronde nel capitolo II.3.C.b di questo lavoro si è visto come dei *quidam* citati nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio avevano tentato, attraverso l'estensione del concetto di dolo, di riconoscere un *teneri* del venditore in relazione a comportamenti *in contrahendo* non intenzionalmente reticenti (D.18,1,66,1).

In sostanza proprio in questo periodo l'interpretazione del « QQ. DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA » (88) delle formule *empti et venditi* potrebbe avere sollecitato una riconsiderazione dei contenuti del *praestare* del venditore rispetto a suoi comportamenti non strettamente dolosi. In questa riconsiderazione, data la nozione delimitata che Q. Mucio sembrerebbe avere del dolo (vd. *supra*, D.18,1,66,1), la *culpa* rappresenta il concetto più idoneo a coagulare le diverse condotte ritenute rile-

nella prima parte si fosse già formato « e non costituisce una originale formulazione di Pomponio »; considerano la soluzione genuina, ma non si pronunciano sulla paternità M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., p. 517 e G. MacCormack, *Custodia and culpa*, in ZSS.89 (1972) R.A., p. 181. Non esamina il passo P. Apathy, *Mora accipiendi und Schadenersatz* , in ZSS.101 (1984) R.A., pp. 190 sgg.

(86) Per la soppressione in questo passo da parte dei compilatori della distinzione tra testo muciano, preceduto nell'opera originaria da un *Q. Mucius ait* o *scribit* e commento di Pomponio vd. S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio* cit., pp. 126-127.

(87) Su cui vd. S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., pp. 136 sgg.; e più di recente P. Apathy, *Mora accipiendi und Scadenersatz* cit., in ZSS.101 (1984) R.A., in particolare pp. 193 sgg.

(88) Vd. la stessa affermazione muciana in Cic. *de Off.* III,17,70 dove si parla di « *summa vis* ».

vanti ma non attraibili nel *dolus* stesso, le quali dovevano assumere particolare rilevanza proprio rispetto alla prestazione fondamentale del venditore, quella cioè del *possessionem tradere* (89).

Una tale congettura, infine, sarebbe coerente con il richiamo a Labeone rispetto alla problematica delle conseguenze della reciproca mora, il che porterebbe a spostare nell'età prelabeoniana la soluzione data in tema di sola *mora emptoris* (90).

Se è vera la nostra ipotesi, per Q. Mucio, in caso di *mora* del compratore, sarebbe stato possibile riconoscere un *praestare* del venditore solo rispetto al perimento doloso della cosa venduta e non di quello colposo. Tutto questo, è chiaro, deporrebbe per il riconoscimento di un suo *culpam praestare* nel caso in cui non vi sia una *mora accipiendi*.

Ma perché Q. Mucio, al di là delle ipotesi di *mora accipiendi*, avrebbe riconosciuto come contenuto del *praestare* del venditore anche la *culpa*?

A riguardo, proprio il significato che il giurista repubblicano accorda al termine *culpa* ci spiega la ragione di questo riconoscimento: Q. Mucio considera il venditore obbligato ad attivarsi per la conservazione della cosa e a comportarsi da uomo diligente fino alla sua consegna. Se, in caso di perimento, sia rinvenibile nella sua condotta un alcunché (anche di omissivo) che si discosti da tale modello, è possibile allora riconoscerne il contrasto con la *fides bona*, contrasto che, producendo il suo *stare praes*, imporrebbe al venditore di tenere immune il compratore da tutti i pregiudizi patrimoniali che da ciò gli derivino.

Questo confermerebbe, altresì, la particolare posizione dell'*emptor* rispetto ai destini della cosa comprata, che, come si è avuto modo di notare già nei formulari di vendita del *de a.c.* catoniano, lo vedrebbe, seppure non ancora *dominus* secondo il *ius*

(89) A riguardo bisogna rilevare che lo stesso HAYMANN, che con accanimento ha criticato il fr. in esame, individua « der klassische Kern » della prima parte nella rilevanza di condotte che, originariamente non descritte in termini di *culpa*, si fossero tradotte in un « Verstoß gegen die 'bona fides' »; *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in ZSS.48 (1928) R.A., p. 414 n. 2.

(90) Vd. S. RICCOBONO Jr., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., p. 371.

civile, come il normale destinatario dei « pericoli » della *res* fin dalla conclusione del contratto, salvo fissare ulteriori criteri per la vendita di particolari cose. Secondo Quinto Mucio a questa regola si contrapporrebbe un *dolum et culpam praestare* del venditore fino alla consegna della cosa.

6. *La regola del* culpam praestare, *il modello muciano dell'uomo* diligens *ed il passaggio dal* praestari *al* praestare.

In base alle precedenti esegesi è emerso lo sforzo di Q. Mucio di costruire le soluzioni collegate all'inadempimento di obbligazioni di *reddere* e di *dare facere* intorno ad una indagine complessa delle condotte debitorie, entro la quale viene ad assumere un ruolo centrale il concetto di *culpa*.

Questo sforzo, sebbene la ricostruzione di esso sia nei limiti delle testimonianze in nostro possesso e delle ipotesi interpretative da me proposte (91), sembra confermare la tendenza di Q. Mucio a risolvere le questioni attinenti all'inadempimento ricorrendo al concetto di *culpa*, che sarebbe distinto dal *dolus* e che troverebbe, come modello alternativo, solo quello dell'*omne periculum praestare*, nel senso di un 'rispondere' assoluto per il perimento della cosa oggetto dell'obbligazione in ipotesi particolari. Così, quando il comodatario, obbligato a restituire la cosa, garantisca anche il suo valore stimato prima della conclusione del contratto (*aestimationem praestare*), il diverso principio del *genus numquam perit* porta il giurista a parlare comunque di un suo *praestare* collegato ad « ogni pericolo ».

La *culpa* è il criterio-guida che informa i pareri incontrati in materia di comodato, protutela, gestione d'affari altrui e com-

(91) Ciò è evidente in relazione alle deduzioni tratte dai frammenti del commento di Pomponio *ad Q. Mucium* in materia di tutela, *negotiorum gestio* e compravendita, la fragilità delle quali è condizionata dall'assenza di un riesame del lavoro del DI MARZO (*Saggi critici sui libri di Pomponio* cit.), riesame peraltro auspicato già dallo SCHULZ (*Geschichte* cit., p. 254, n. 2). Preso atto di ciò, ho ritenuto però che non si potesse evitare di riaprire un discorso su una serie di testimonianze tratte da questa opera che, con maggiore o minore grado di attendibilità, rimane una delle vie esclusive per conoscere il pensiero muciano.

pravendita. La regola è quella del *periculum domini* che può essere mitigata attraverso il riconoscimento dell'obbligazione di « stare garante » per dolo e colpa del detentore o del gestore non proprietario. A questa regola si affiancherebbe quella diversa applicata nell'*emptio venditio*, dove è il compratore a subire normalmente la perdita della cosa acquistata, sebbene non ne abbia acquistato ancora il possesso; in questo caso il dolo e la colpa servono per poter porre a carico del venditore questa eventualità.

Il giudizio sulla colpa sembra poi assumere una portata più grande rispetto agli usi del termine ed ai significati che gli si riconoscevano fino ad allora nei rapporti obbligatori. A questa nuova 'centralità' della *culpa* non sembra estraneo il significato che Q. Mucio gli attribuisce. Colpose non sono più soltanto le condotte commissive ritenute riprovevoli, come la *culpa/factum promissoris* della *perpetuatio obligationis*, o le condotte che per le loro modalità concrete vengano giudicate, sebbene non intenzionali, di fatto riprovevoli (*culpa* di P. Mucio; D.24,3,66 pr.), ma anche quei contegni commissivi ed omissivi che vengono giudicati negativamente in base ad una loro difformità da un modello comportamentale, quello dell'uomo diligente, a cui si pretende debbano conformarsi. Lo spostamento di prospettiva è significativo, e permette, aumentando enormemente il 'potenziale' ermeneutico della categoria concettuale, di ricorrere ad un giudizio uniforme per risolvere una serie indefinita di ipotesi nelle quali si è determinata l'impossibilità di adempiere alla prestazione dovuta.

Al di là di considerazioni che non possono che rimanere su un piano astratto, quest'ultima precisazione permette forse di riesaminare un'ipotesi avanzata in dottrina, e che vorrebbe l'influenza delle teorie stoiche su Q. Mucio in relazione proprio all'inadempimento (92).

(92) Cfr. G. Le Pointe, *Quintus Mucius Scaevola*, I, Paris (1926), Sirey, pp. 40 sgg.; B. Kübler, *Q. Mucius Scaevola pontifex*, in PWRE. XVI.1 (1933), coll. 444-445; Id., *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* cit., I, p. 88; F. Senn, *De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la république*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* cit., I, p. 104; M. Pohlenz, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, I, cito dalla trad. it. Firenze (1967), La Nuova Italia, pp. 542 sgg.; P. Frezza, Rc., in SDHI.17 (1951), pp. 318-332. Su Q. Mucio vd. anche M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli (1982 [2]), Esi, pp. 107 sgg.; Id., *Storia del diritto romano* [3] cit., pp. 168-170; 184-186; 314-315; A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford (1974), Clarendon, pp. 143 sgg.; O. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Quintus Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen (1976), Vandenhoeck & Ruprecht; Id., *Die Fraus legis*, Göttingen (1982), Schwartz, pp. 79 sgg.; Id., *Der praktische Fall. Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der lex Aquilia*, in *Jur. S.* (1985) Heft 11, pp. 878 sgg. in particolare sulla *culpa* pp. 882 sgg.; A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari (1987), Laterza, pp. 25 sgg.; R.A. Bauman, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München (1983), Beck, pp. 340 sgg.; C.A. Cannata, *Histoire de la jurisprudence européenne I. La jurisprudence romaine*, Torino (1989), Giappichelli, pp. 73 sgg.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, pp. 596-600.

Certamente il giurista repubblicano appartiene a quel gruppo di cittadini che, fin dal circolo degli Scipioni (93), partecipa a quel formidabile movimento di idee che proviene dalla Stoa (94). Ciò però non implica necessariamente un influsso stoico nel modo di essere di Q. Mucio interprete del diritto, ma semmai una tale ipotesi deve essere vagliata in modo più stringente, al fine di cogliere gli istituti nei quali una tale influenza si farebbe esplicita. È chiaro che una tale ricerca richiederebbe una analisi completa del *respondere* muciano, cosa che esorbita i limiti di questo contributo (95).

Più limitatamente si deve allora cercare di comprendere se rispetto al problema qui affrontato i pareri del giurista repubblicano, e la ragione che li sostiene, possano confermare o meno la summenzionata ipotesi.

In relazione al problema dell'inadempimento in generale, comprendente cioè ogni tipo di obbligazioni, pure o di buona fede, non sembra emergere nel giurista repubblicano una influenza unitaria di concetti etici provenienti dalla riflessione stoica.

Discorso diverso, invece, sembra potersi fare rispetto al par-

(93) Cfr. in relazione alla *iurisprudentia* F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, pp. 540 sgg.

(94) Sullo stoicismo a Roma vd. M. Pohlenz, *Die Stoa* cit., trad. it., I, pp. 535-575.

(95) Per un quadro dei problemi dibattuti, le considerazioni e gli autori citati in F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, pp. 549-550; 596-600.

[...]he Q. Mucio riconosce al concetto di *culpa*. [...] giurista a questa riflessione permette infatti [...]oni: in effetti il *diligens*, lo σπουδαῖος, il *vir* [...]ti concetti legati alla riflessione stoica del *bene* [...]ve il giudizio di lode o di biasimo, che nell'etica [...]era fondato sulla volontarietà (ἑκούσιον) o involonta[...]'atto (ἀκούσιον) (97), viene fatto dipendere proprio dal[...]nza del proprio comportamento a questi modelli.

Da questo punto di vista, sicuramente, il nuovo modo di giu[...]care la colpa del debitore, introdotto da Q. Mucio, ha un legame molto stretto con il giudizio etico della Stoa (98).

Ma perché il giurista, che altre volte sembra seguire interpretazioni « formalistiche » per risolvere delle questioni giuridiche (99), in questo caso avrebbe esteso il significato del concetto di colpa?

A mio avviso bisogna forse accentuare l'àmbito delle relazioni giuridiche entro cui questa nozione della *culpa* viene maturando. Da un lato, infatti, essa prende corpo nell'individuazione dei presupposti del *damnum iniuria datum*, concorrendo, nell'inter-

(96) Vd., ad es., per alcuni stralci del *De fine bonorum* di Crisippo: Cic. *de leg.* I,18,48 [=SVF.III,43; p. 12]; Sext.Emp., *adv. math.*, XI,46 [=SVF. III,96; p. 23]; Diog. Laert., VII,95 [=SVF.III,97a; p. 24]; Stob., *ekl.* II,70,8 [=SVF.III,97; p. 24]; II,101,5 [=SVF.III,587; p. 154]; sull'« etica dell'individuo » nella « Stoa di mezzo » che si pone come mediazione della conoscenza romana della « prima Stoa » vd. M. POHLENZ, *Die Stoa* cit., trad. it., I, pp. 409-413.

(97) Vd. a riguardo Arist. *EN.* III, 1109b30 sgg. (Bywater); cfr. le indagini di R. LÖNING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena (1903), rist. Hildesheim,1967, Olms, pp. 151 sgg.; R. MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht*, Berlin (1926), Stilke, pp. 133 sgg.; e più di recente M. SHALGI, *Aristotle's Concept of Responsability and its Reflections in Roman Jurisprudence*, in *Israel Law Rev.* 6 (1971), pp. 39-64; E. GARCIA MAYNEZ, *Doctrina aristotélica de la imputación*, in *Diánoia* 18 (1972), pp. 1 sgg.; R. RANDALL CURREN, *The Contribution of Nicomachean Ethics III,5 to Aristotle's Theory of Responsability*, in HPhQ.6 (1989), pp. 261 sgg. Non si sofferma sul problema P.J. ZEPOS, *Der Gedanke der Abstufung des Schadens nach dem Verschulden im altgriechischen Recht*, in ZSS.70 (1953) R.A., pp. 372 sgg.

(98) Vd. ora O. BEHRENDS, *Der praktische Fall* cit., in *Jur. S.* (1985) H.11, p. 883.

(99) Si pensi ad es. alla *'Causa Curiana'* dove Q.Mucio difende i « *verba* » del testatore a scapito della « *voluntas* »; cfr. a riguardo F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 581 e pp. 588-589 (con ampi richiami alla precedente letteratura).

pretazione dell'*iniuria*, ad estendere le « fattispecie previste dalla *lex Aquilia* », « sulla base di una attenta valutazione delle modalità e circostanze della condotta del soggetto agente e della riprovevabilità di esse » (100); d'altro lato emerge nel giudizio sull'inadempimento di nuovi rapporti obbligatori tutelati nel *ius civile* e nel *ius honorarium*, tra i quali in particolare alcuni sono fondati sulla *fides bona*. Quest'ultimo concetto potrebbe aver facilitato il riconoscimento nei rapporti obbligatori *ex contractu* della regola, applicata da Q. Mucio, in base alla quale è in *culpa*, chi non si comporta come un « uomo diligente ». In sostanza quello che faciliterebbe l'emersione di un 'nuovo' giudizio della colpa, sarebbe proprio la valutazione del rapporto obbligatorio secondo « buona fede » (101).

D'altronde una volta acquisito, questo modo di intendere la *culpa* si sarebbe, naturalmente, esteso anche a rapporti obbligatori non fondati sulla *fides bona*, ma che richiedano, per motivi diversi, una indagine penetrante del comportamento debitorio. Una tale ipotesi materializzerebbe, in sostanza, un esempio di quella *summa vis* che Q. Mucio, secondo Cicerone, accordava agli *arbitria bonae fidei* (Cic. *de off.* III,70), al di là di considerazioni che rimarrebbero su un piano puramente astratto se non fondate sul concreto operare del giurista.

Bisogna infine rilevare il passaggio da un uso del verbo al passivo alla voce attiva (*praestari; praestare*). Dolo, colpa, *diligentia* e *periculum* vengono, infatti, da Q. Mucio indicati diretta-

(100) S. SCHIPANI, *Lex Aquilia Culpa Responsabilità* cit., p. 186; vd. qualcosa anche in O. BEHRENDS, *Der praktische Fall* cit., in *Jur.S.* (1985) H.11, pp. 882-885.

(101) Proprio nei « *iudicia bonae fidei* » secondo lo SCHIAVONE: « il quadro concettuale che chiude e unifica aspetti diversi del *ius* non è... il modello di una figura giuridica, che trasforma dati e tratti già presenti nella tradizione giurisprudenziale della / città, ma è, per così dire, il paradigma di un valore ideale, di un carattere etico, sottratto al suo contesto reale, e presentato come formalizzato entro una categoria razionale »; e la *fides bona* « appare per la prima volta il punto di riferimento di tutta una serie articolata di figure giuridiche, di provenienza diversa, nelle quali essa viene identificata come misura del comportamento delle parti rispetto alla funzione sociale del rapporto, e quindi come elemento interno della sua struttura »; *Giuristi e nobili* cit., pp. 69-70 e p. 71.

mente come contenuti del *praestare*, in quanto complementi oggetto di questo, senza più cogliersi quella separazione logica, sopra riscontrata per le *sententiae* di P. Mucio e di Catone padre dell'Uticense, tra giudizio sulla condotta che condiziona il mancato adempimento ed il riconoscimento del *praestari* come situazione di garanzia autonoma rispetto ai presupposti per il suo riconoscimento. Il nuovo modo di esprimersi rafforza il risultato della tipizzazione del contenuto dell'obbligazione assunta con la conclusione del contratto: in sostanza non più solo il *rem reddere* o il *quidquid dare facere* dell'*intentio* formulare, ma altresì il *culpam praestare*.

CAPITOLO IV

L'INADEMPIMENTO NEI RESPONSI DELLA SCUOLA SERVIANA: IL *PRAESTARE* DI ALCUNE FIGURE DI CONTRAENTI SOCIALMENTE ED ECONOMICAMENTE INDIVIDUATE (*COLONUS, CONDUCTOR MERCIUM VEHENDARUM*) ED IL *PRAESTARE* DEL PROPRIETARIO

1. *Il* praestare *nella locazione-conduzione.*

A. *Il* praestare *del locatore del pascolo dove cresce* herba mala *(D.19,2,19,1).*

Per Servio Sulpicio il dolo era la « *quaedam machinatio alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur aliud agitur* » (D.4,3,1,2). Come si è già visto (*supra*, II.3.B), questa definizione sembra superare, per così dire, una certa 'mobilità' nella discussione sui confini 'qualitativi' del dolo, a cui avrebbe dato vita la giurisprudenza della generazione precedente e contemporanea a Q.Mucio (cfr. *supra*, D.18,1,66,1 e Cic. *Pro Rosc.Am.* 38,111), e che avrebbe portato, con la delimitazione del concetto di *dolus*, alla utilizzazione di un altro concetto idoneo ad esprimere le condotte che da quello venivano escluse in quanto riprovevoli ma non intenzionali, cioè la *culpa*.

Ciò comunque non significa una interruzione dell'approfondimento e della verifica della rilevanza della *scientia* nel compimento di una certa azione o di una certa omissione. In questo contesto deve inserirsi un responso, che si fa risalire a Servio stesso, in materia di vizi del pascolo locato.

Ulp. l. 32 *ad ed.* (D.19,2,19,1)
Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel

demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti pensionem non petes: et ita Servio Labeoni Sabino placuit (1).

Ulpiano riferisce una soluzione data da Cassio, secondo cui il locatore di botti viziate da cui il vino del conduttore sia fuoriuscito, sebbene ne fosse ignaro, è tenuto all'*id quod interest*. Diversa soluzione si deve seguire quando, in una locazione del pascolo nel quale nasceva *herba mala* (2), siano morte e deteriorate diverse pecore del conduttore. In questo caso il locatore risarcisce l'*id quod interest* (3) se *sciens*, altrimenti perderà soltanto il valore della mercede, e ciò secondo quanto piaceva a Servio, a Labeone e a Sabino.

---

(1) La critica di solito espunge il « *si ignorasti pensionem non petes* »; vd. F. HAYMANN, *Haftung des Verkäufers* cit., I, p. 96; K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, in *Leipziger rechtwissenschaftliche Studien* 7 (1924), p. 21; U. VON LÜBTOW, *Zur Frage der Sachmängelhaftung im römischen Recht*, in *St.Paoli* (1956), pp. 491-492; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 176 sg.; P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, Napoli (1983), Jovene, p. 38. L'argomento dei primi tre autori, in base al quale nel passo si tratterebbe dell'àmbito di applicazione dell'*actio conducti* e non di quella *locati*, non sembra d'altronde deporre necessariamente per la non genuinità dell'inciso ulpianeo, che in tal modo ritiene di poter descrivere le conseguenze che da Servio in poi si riconoscevano al *praestare* del locatore-*ignorans* (vd. TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 169). Quello poi costruito sul contrasto con la L.15,2 non ha più ragione d'essere; vd. ora G. NICOSIA, *Responsabilità per i vizi della cosa locata nel diritto romano* cit., in RISG.9 (1957-1958) (estratto), pp. 14 sgg.; F. PASTORI, *Il commodato* cit., pp. 383-384; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., pp. 113-114; R. SEAGER, *Of Vis and Weeds: D.19,2,15,2 and 19,2,19,1*, in SDHI.31 (1965), pp. 330 sgg.; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 134; H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., pp. 134-135; M. BRETONE, *Ricerche labeoniane: 'PITHANA'*, in *Par.Pass.* 28 (1973), p. 176; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 918 sgg.; W. ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht* cit., in ZSS.105 (1988) R.A., pp. 555 sgg.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 365 sgg.; P. APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken* cit., in ZSS.111 (1994) R.A., p. 102.

(2) Il NICOSIA accentua l'uso dell'imperfetto avente qui un valore durativo; *La responsabilità del locatore per i vizi* cit., p. 18.

(3) HONSELL ritiene (in contrasto con D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 155-156) che il *quod interest* esprima più che l'*aestimatio vini*, l'apertura a favore del compratore per una valutazione non del valore del vino al momento della fuoriuscita dai *dolia*, ma del « Wert des Weines in einem für später geplanten Verkaufszeitpunkt »; *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., p. 135.

A prescindere dalla diversità della prima ipotesi rispetto alla seconda (4), che condiziona il parere di Cassio sulla irrilevanza del profilo soggettivo, soluzione questa che segue sul punto lo stesso Sabino (cfr. D.19,1,6,4 su cui *infra*, cap. V,3,A), ritengo di dover approfondire il responso serviano rispetto al pascolo viziato (5).

Il profilo soggettivo della *scientia* viene ad incidere sulla entità delle conseguenze dannose che il locatore sarà tenuto a risarcire al conduttore. Ma in che senso il giurista tardorepubblicano avrebbe distinto le conseguenze patrimoniali a seconda della *scientia* del *vitium*?

Bisogna in sostanza precisare cosa Servio intendesse per *quod interest praestare* (6). Egli con questa formulazione viene innanzitutto a riconoscere una condanna del locatore *sciens* al valore delle pecore morte o deteriorate per l'*herba mala*. Ciò non significa, però, che il locatore *ignorans* non risponda dell'accaduto, ma solo che l'entità della condanna non potrà superare il valore della mercede. Ciò, data la consueta posticipazione del pagamento della mercede da parte del conduttore in questo tipo di locazioni, significava per il locatore l'impossibilità di pretendere alcunché da quello. In questo secondo caso, in cui il locatore è in buona fede dal punto di vista soggettivo, è a carico del conduttore la differenza tra il valore delle pecore morte o del loro deterioramento e l'entità della mercede.

---

(4) Su questa prima parte e sull'approfondimento delle diversità fra le due fattispecie vd. ad es. K. HELDRICH, *Das Verschulden* cit., p. 21; P. VOCI, *L'errore in diritto romano* Milano (1937), Giuffrè, p. 251; G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi* cit., pp. 15-16; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract* cit., pp. 101-103; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 919-920.

(5) Qui l'*herba mala* che nasceva sul terreno da pascolo è chiaramente un vizio della 'cosa locata'; vd. G. NICOSIA, *La responsabilità per i vizi della cosa locata* cit., pp. 14 sgg.; F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'*, in *St. D'Amelio* I (1978), p. 336 n. 12; R. SEAGER, *Of Vis and Weeds: D.19,2,15,2 and 19,2,19,1* cit., pp. 330 sgg.; W. ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht* cit., pp. 555-556.

(6) Se da un lato la categoria *id quod interest* potrebbe forse essere estranea a livello strettamente terminologico a Servio (ma vd. Gell. *Noct. Att.* IV,4; su cui E. HUSCHKE, *Kritische Miscellen I Servius Sulpicius bei Gell.IV,4*, in ZgR. 10 [1842], pp. 315 sgg.), d'altro lato come vedremo in D.19,2,15,2, in tema di conseguenze del « *vim praestare* » del locatore di un fondo, il giurista collega l'entità dello spostamento patrimoniale tra i contraenti in base alla natura della *causa damni*.

La rilevanza della *scientia* del locatore per la determinazione dell'entità della condanna, allora, non deve far perdere di vista il riconoscimento comunque avvenuto di un suo *praestare*, che consegue alla conclusione di una locazione del pascolo già in partenza viziato, a prescindere che il locatore ne sia o meno a conoscenza. In sostanza per Servio l'indagine sul profilo soggettivo fornisce un criterio di giudizio idoneo ad accentuare atteggiamenti del locatore contrastanti con maggiore evidenza con la *fides bona*, i quali avrebbero come effetto la copertura completa del danno subìto dal conduttore.

Il *praestare* sarebbe invece collegato all'esistenza obiettiva di una *herba mala* nel pascolo locato, che da un lato impedirebbe comunque di ottenere la controprestazione sebbene quest'ultima avesse ad oggetto del denaro — il che sembra attestare la rilevanza della sinallagmaticità del rapporto obbligatorio nato dalla locazione (7) — e d'altro lato starebbe a dimostrare indirettamente come per Servio il giudizio di 'buona fede' permettesse una condanna non solo rispetto a chi dolosamente avesse taciuto il vizio della cosa al fine di concludere ad ogni modo il contratto, ma anche rispetto a chi ne fosse stato completamente all'oscuro, e quindi in completa 'buona fede' dal punto di vista soggettivo.

La ragione che fonda questa soluzione serviana dimostra allora come il giurista tardorepubblicano non intendesse la *fides*

(7) Per questa seconda possibilità il DE ROBERTIS nega sia corretto parlare di responsabilità, e ritiene che il divieto per il locatore di *pensionem petere* (per questo autore, a torto, sempre *remissio mercedis*; vd. però a riguardo le osservazioni di F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., pp. 360-361) sia conseguenza della « struttura sinallagmatica del rapporto e della esigenza di evitare un arricchimento senza causa da parte del *locator* »; *La responsabilità contrattuale* cit., II p. 918 nt.165. A riguardo, però, va detto che, sebbene non c'è dubbio che la soluzione dimostra di considerare rilevante la bilateralità del rapporto obbligatorio derivante dall'accordo di locazione, il diritto riconosciuto al conduttore di non pagare la mercede è la conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione di fornire un pascolo idoneo a foraggiare le pecore, di cui il locatore, sebbene non sia a conoscenza dell'*herba mala* che ivi vi nasce, deve in ogni caso rispondere; vd. esattamente G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³ cit., p. 214. Sulla 'interdipendenza funzionale' delle prestazioni nella locazione vd. le conclusioni di H.P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma* cit., pp. 116-117; P. CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, in ED.XL (1989), pp. 1277 sgg.; in particolare pp. 1290-1292.

bona della *intentio* formulare in chiave esclusivamente 'soggettiva', ma le riconoscesse altresì un significato eminentemente 'oggettivo', strettamente connesso all'atto compiuto ed alla funzione economico-sociale che questo doveva svolgere. Ciò, come vedremo, è fondamentale per comprendere un certo numero di responsi che presuppongono proprio una concezione del giudizio di buona fede ben più esteso della valutazione dei soli profili soggettivi.

B. *Il* vim praestare *del* locator fundi *e i danni sopportati dal* colonus *(D.19,2,15,2).*

a. Complessità storica della testimonianza

Ulp. l.32 *ad ed.* (D.19,2,15,2).

Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori ⟨hoc nomine⟩ aliquid praestare debeat, videamus. ⟨et refert (Pomponius?)⟩ (8)⟩ ***Serviu[s]⟨m⟩ omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere [ait] ⟨existimasse⟩, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit.***

Va subito posto in rilievo come il confronto testuale 'esterno'

(8) Cfr. PSI. 1449 (*verso*) in V. ARANGIO-RUIZ, *Ulpiano l.XXXII ad edictum*, in PSI.XIV (1957), pp. 159 sgg.; in particolare pp. 163 sgg.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1960), Vandenhoeck/Ruprecht, p. 256.

con il frammento papiraceo porta a rafforzare (9) la convinzione, peraltro dominante, della genuinità sostanziale del parere serviano (10). Il tipo di intervento operato dai compilatori, che

(9) Esso interrompendosi, infatti, prima del parere di Servio non può essere preso come una sicura prova della sua genuinità, ma semmai potrebbe provare « im Gegenteil eine spätere Kürzung des Textes »; W. Ernst, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht* cit., p. 551 n.36.

(10) La critica d'altronde, rispetto alla prima parte del passo, ritiene insiticia solo la qualifica della *vis* come irresistibile (« *cui resisti non potest* »); A. de Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in BIDR.20 (1908), pp. 188-189; A. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica*, in *Ann. Perugia* (1924) I, p. 50; E. Costa, *Locazione di cose nel diritto romano*, Torino (1915), Bocca, pp. 48 sgg.; E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 205 e 222; G. Longo, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio conductio rei'*, in *St. Arangio-Ruiz* II, p. 382; Id., *Sulla disciplina giustinianea della locatio conductio*, in *St. Biondi* 2, pp. 290-293; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito* cit., p. 222; K. Visky, *La responsabilité* cit., in RIDA.3 (1949), pp. 470 sg.; Th. Mayer Maly, *Locatio conductio* cit., pp. 161-162. Il Kaser ne riconosce opportunamente la genuinità: « Wir sehen keinen stichhaltigen Grund, diese Unterscheidung dem Klassiker abzusprechen »; *Periculum locatoris*, p. 170. D'accordo la successiva letteratura: F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* cit., p. 256; A. Watson, *The Law of Obligations* cit., pp. 110-114; J. Miquel, *Periculum locatoris* cit., in ZSS.81 (1964) R.A., pp. 173 sg.; R. Seager, *Of Vis and Weeds: D.19,2,15,2 and 19,2,19,1*, in SDHI.31 (1965), pp. 330 sg.; C. Alzon, *Les risques dans la locatio conductio*, in *Labeo* 12 (1966), p. 313 n. 14; H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., p. 124; F. Horak, *Rationes decidendi*, Aalen (1966), Scientia, p. 103; H. Ankum, *Remissio mercedis*, in RIDA.19 (1972), pp. 223 sg.; A. Thomas, *Remissio mercedis*, in *St. Donatuti* III, pp. 1271 sg.; O. Robinson, *'Casus' in the Digest*, in AJ.(1977) Essays Beinart, pp. 337-345; F. Sitzia, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., pp. 331 sg.; D. Nörr, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht* cit., in *Festschr. Wieacker (70 G.)*, pp. 115 sgg.; I. Molnár, *Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio*, in ANRW. II 14 (1982), pp. 666 sg.; Id., *System der Verantwortung* cit., in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 603-604; P.W. de Neeve, *Remissio mercedis*, in ZSS.100 (1983) R.A., pp. 296; P. Pinna Parpaglia, *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 9 sgg.; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 894 e pp. 913 sgg.; J. Köhn in AA.VV., *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches*, Berlin (1983), pp. 226 sg.; W. Ernst, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht* cit., in ZSS.105 (1988) R.A., pp. 541 sgg.; A. Doll, *Von der vis maior zur höheren Gewalt* cit., pp. 25-30; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., pp. 370-371; M. Pennitz, *Die 'Enteignungsfall' im römischen Recht* cit., pp. 228-229; B.W. Frier, *Law, Economics, and Disasters down on the Farm: 'remissio mercedis' revisited*, in BIDR.92-93 (1989-1990), p. 243; M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute*, in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 882-884; J.M. Rainer, *Servius und Labeo zur cautio damni infecti*, in *Ars boni et aequi. Festschr. Waldstein (65.G.)*, (1993), pp.

in base al confronto testuale con il frammento di papiro (PSI.1449 *verso*) può individuarsi con precisione (soppressione dell'« ⟨*hoc*⟩ *nomine* » e della citazione del giurista da cui Ulpiano trae la regola serviana), è di natura essenzialmente 'privativa', e non è teso ad intaccare la sostanza del frammento.

Ulpiano, nel passo riportato dai *Digesta* giustinianei, sta commentando la formula edittale dell'*actio ex conducto*: *ex conducto actio conductori datur*. Essa è esercitabile *si re quam conduxit frui ei non liceat*: la prospettiva ulpianea, in età severiana, descrive il contenuto dell'obbligazione del locatore del fondo in termini di *frui licere praestare* (11). Questa prospettiva riemerge chiaramente in fine del par. 2 dove viene ribadito, dopo il responso serviano e una vasta casistica che: *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*.

Il commento edittale di Ulpiano riconosce alla distinzione di Servio Sulpicio Rufo, e alla casistica a questa riportata, una valutazione della prestazione del locatore del fondo avente ad oggetto non solo la garanzia della disponibilità del campo ai fini della coltivazione, ma altresì la garanzia delle condizioni 'esterne' di questa coltivazione (12). *Frui praestare*, in sostanza, come reinterpretazione del *vim praestare* di Servio, non significa più, soltanto, il godimento del fondo produttivo, ma proprio il godimento della capacità produttiva del fondo, cioè dei frutti, i quali sono dati dalla sinergia di attività umane e di fattori naturali. Il « fruire » avrebbe cioè in questo caso un significato più specifico che lo distinguerebbe dal semplice *uti* e dal *frui* utilizzato rispetto a cose improduttive (ad es., Ulp. L.15,1 D.19,2). Solo attraverso questo significato del *frui*, infatti, può spiegarsi la *quaestio* posta all'inizio del par.2; e così lo interpreta lo sc. 'Εμι-

291-292; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., (pross.pubbl. in *Iura* 43-44), cap. II § 9; L. Capogrossi Colognesi, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma (1995), La Sapienza, pp. 173-177, e più in generale pp. 148 sgg.

(11) D.19,2,15 pr.-1.

(12) Il Glück interpreta il *frui licere* addirittura come « *fructus obtinere, fructus percipere* »; *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v.17 (1815), p. 451 n.39; il Longo (C.) parla di « facoltà di percepire i frutti della cosa »; *La locatio conductio (corso di lezioni 1920-1921)*, Pavia, p. 66; così anche Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., p. 162.

σθωσάμην αγρόν a πᾶσαν βίαν di Stefano (13), che usa il verbo *karpízō* (B.20,1,15 SCHELTEMA B III, p. 1180-1181). Il problema che si pone, allora, e che affronteremo nel prossimo paragrafo, è quello di capire se una tale prospettiva possa confermarsi anche per Servio Sulpicio Rufo, oppure no.

Dal punto di vista della complessità storica della testimonianza va detto che già su un piano puramente terminologico sembra potersi riconoscere una scrittura più recente (Ulpiano), la quale si richiama alle parti contraenti in termini di *locator* e *conductor*, ed una più antica, dove invece si parla solo di *dominus* e *colonus*. Questa impressione trova conferma nel *refert* del papiro (PSI 1449, *verso*), che ha portato gli autori moderni a riconoscere la soppressione di un giurista intermedio, da cui Ulpiano avrebbe attinto il parere di Servio. Ciò aumenta i problemi legati alla paternità degli esempi contenuti nel passo (14), ponendo il materiale tramandato su tre binari temporali: Servio; giurista intermedio; Ulpiano.

Al di là, infatti, della distinzione direttamente collegata al *Servius ait* e alla prospettiva che essa sembra sottintendere e che viene resa esplicita da Ulpiano (« *si vis tempestatis/ videamus* » ed in fine « *oportere enim/ut frui possit* ») tutti gli esempi che a quella vengono collegati nelle frasi introdotte da *sed et si* e l'inciso *si vero/coloni esse* necessitano di una circostanziata valutazione, al fine di individuarne se possibile il rapporto con il parere repubblicano.

b) Significato del riconoscimento di un *vim praestare* del locatore di un fondo: inadeguatezza del ricorso alla distinzione moderna tra 'responsabilità' e 'rischio'.

È questo uno dei testi dove la sovrapposizione di un certo modo di intendere la 'responsabilità', ed in particolare la 'responsabilità' in senso stretto intesa come problema completamente distinto da quello del 'rischio', se non esattamente 'storicizzato' porta a fraintendere la soluzione romana.

(13) HEIMBACH, VI, *Manuale Basilicorum*, p. 277.

(14) A riguardo il testo dei Basilici corrispondente B.20,1,15 (SCHELTEMA A III, p. 986; HEIMBACH II p. 343) non è di molto aiuto, in quanto ricorda la distinzione tra « πᾶσα βία » (§ 2) e « αἰτίαι τοῦ πράγματος » (§ 3) senza richiamare lo stesso Servio. D'altronde uno 'scolio' al passo in questione tratto dall'*Index* di Stefano (cfr. HEIMBACH VI *Manuale basilicorum*, p. 277) riconduce la distinzione al giurista repubblicano senza menzionare alcun giurista intermedio (Σ.2: ἐμισθωσάμην αγρόν a πᾶσαν βίαν]; SCHELTEMA B III, pp. 1180-1181), avvalorando l'ipotesi che la soppressione non sia tanto dei giustinianei (F. WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 256) quanto già avvenuta nelle edizioni del commentario di Ulpiano circolanti nelle scuole bizantine del V-VI sec.

Ulpiano richiama il parere di Servio come risposta alla domanda se occorsa una « forza della tempesta rovinosa », il locatore debba *aliquid praestare* al conduttore. Già la prospettiva da cui muove la *quaestio* mette a disagio l'interprete moderno, per il quale il dubbio sarebbe di per sè estraneo al problema dell'inadempimento, in quanto la *vis* ha per noi assunto una precisa connotazione dogmatica come classico esempio di « limite della responsabilità » (15). Ma è sicuramente con la formulazione del *responsum* del giurista repubblicano che le riserve sull'uso della categoria di 'responsabilità' in senso stretto si fanno più evidenti. Servio infatti individua quell'*aliquid* nella *vis*, riconoscendo il locatore obbligato a *vim praestare*.

Gli autori che se ne sono occupati sono orientati quasi unanimemente a reinterpretare l'espressione serviana come criterio di ripartizione del rischio nell'ipotesi di *vis*, dovendo per ciò stesso svalutare il ricorso nel parere del *praestare* (16). In particolare si

(15) La precisazione del KASER, che in termini moderni il criterio serviano atterrebbe ad un problema di « Gefahrtragung » e non di « Haftung » (*Periculum locatoris* cit., pp. 169) è paradigmatica per questa impostazione, dove la difficoltà dell'interprete moderno di comprendere l'espressione « *vim praestare* » è chiaramente condizionata dalla distinzione tutta moderna tra « responsabilità » e « rischio »; cfr. più di recente anche I. MOLNÁR, *System der Verantwortung* cit., p. 603. Più attento si dimostra ERNST, che pur mantenendo la terminologia ricorrente, riconosce che « der Ausdruck 'praestare' nicht zu einer Entscheidung der Gefahrtragung zu passen scheint »; *Das Nutzungsrisiko* cit., p. 551. Cfr. altresì le perplessità di M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute*, in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 883-884. Vd. ora, sul rapporto tra *quaestio* e parere di Servio; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

(16) È chiaro, quindi, che chi utilizzi il concetto di « responsabilità » come collegato necessariamente a criteri di imputazione riflessi direttamente (dolo e colpa) o indirettamente (custodia) in un comportamento debitorio, sia portato automaticamente a svalutare il ricorso frequente di un *praestare* nel passo, che non si adatterebbe al richiamo della *vis*, e ad ipotizzare quindi un « raccorciamento » o un

ritiene che per Servio il problema non si ponesse in termini di inadempimento dell'obbligazione del locatore, ma semmai di quello del conduttore. In sostanza, il giurista repubblicano avrebbe ritenuto che la 'responsabilità' del colono, che non avesse adempiuto al pagamento della mercede, potesse essere esclusa quando il raccolto fosse andato distrutto per una *vis* (17). Si sarebbe cioè di fronte ad una soluzione che preannuncia la prassi successiva delle remissioni della mercede (18). Questa interpretazione non è a mio modo di vedere corretta, in quanto qui il verbo avente come oggetto la *vis*, cioè il *praestare*, ricorre in un uso tecnico, che mantiene un diretto collegamento con i significati che fino a questo punto gli si sono riconosciuti: o come prestazione di garanzia promessa espressamente da una delle parti contraenti o come prestazione che esprime lo 'star garante' del debitore riconosciuta attraverso l'interpretazione del contenuto dell'obbligazione.

Il fatto che suo oggetto sia la *vis*, cioè un significato fissato in un termine-concetto che ha per noi un preciso posto nella dogmatica moderna come limite della responsabilità, non deve impedire di accordare all'espressione *vim praestare* il significato proprio di riconoscimento di uno *stare praes*, interno all'*oportere* primario del locatore, rispetto alle conseguenze della *vis* (19).

« rimaneggiamento formale » di esso; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute* cit., in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 883-884.

(17) Vd. per tutti M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 169 sgg.

(18) Vd. a riguardo TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., pp. 140 sgg. e p. 163; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 169 sgg.; H. ANKUM, *Remissio mercedis* cit. in RIDA.19 (1972), pp. 223 sgg.; A. THOMAS, *Remissio mercedis*, in *St. Donatuti* III, pp. 1271 sgg.; F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., in *St. D'Amelio*, pp. 331 sgg.; A. MASI, *Il problema della remissione della mercede nella locazione di fondi alla luce di una testimonianza di Columella* in *St. D'Amelio* I, pp. 273 sgg.; P.W. DE NEEVE, *Remissio mercedis* cit., in ZSS. 100 (1983) R.A., pp. 296 sgg.; J. KÖHN, in AA.VV., *Die Kolonen* cit., pp. 226 sgg.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I-III d.C.)*, in *Società romana e impero tardoantico I. Istituzioni, ceti, economia*, Bari (1986), Laterza, pp. 334 sgg. e p. 706 n. 22; meno unilaterale ora in ID., *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., p. 172; B.W. FRIER, *Law, Economics and Disasters down on the Farm: remissio mercedis revisited*, in BIDR.92-93 (1989-1990), p. 243.

(19) Esemplare è il NÖRR, che, pur mantenendo l'uso delle categorie moderne, rende l'espressione serviana nel modo seguente: « Das läßt sich so interpretieren, daß die ⟨Gefahrtragung⟩ (im modernen Sinne) als ⟨Pflicht⟩ des *locator* verstanden wurde »; *Kausalitätsprobleme im klass. röm. Recht* cit., p. 121. Il CANNATA traduce il *praestare* nel parere di Servio in termini di 'rispondere'; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

La debolezza delle interpretazioni criticate, d'altronde, si evidenzia in pieno quando si passi a valutare il rapporto tra il *vim praestare* del giurista repubblicano e il *praestari oportere ut frui posse* dell'inciso finale. Nell'ultima ipotesi, si dice, è un problema di 'responsabilità' per inadempimento, mentre nella prima si tratta di ripartire il 'rischio' (20).

Indubbiamente le due espressioni partono da punti di vista diversi, frutto del sovrapporsi di una prospettiva più recente su quella repubblicana (21), ma non di una differente considerazione della sostanza del problema, che viene ricondotto in entrambi i casi nel contenuto dell'obbligazione del locatore ed in particolare in un suo *stare praes*. La sovrapposizione del *frui praestare* al *vim praestare* è la conseguenza di una operazione interpretativa tesa ad esplicitare quanto era sottinteso necessariamente nel riconoscimento di uno 'star garante' del locatore per la *vis* (22). Da un punto di vista logico, infatti, se una reinterpretazione ulpianea vi fosse effettivamente stata, essa avrebbe semmai capovolto (un po' come fanno alcuni autori moderni) la prospettiva attraverso cui si guarda al problema (non più l'azione *conducti* ma quella *locati*), coerentemente ai contenuti e ai limiti del *praestare* maturati all'età di Ulpiano, in base ai quali, nei *iudicia bonae fidei*, « *casus a nullo praestantur* » (D.50,17,23; C.4,24,6). Al contrario, invece, il giurista severiano in 15,2, affermando che il locatore del fondo deve garantire il *frui* al conduttore anche in caso di *vis tempestatis*, pone una deroga alla regola da lui stesso

(20) Cfr. per tutti M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 169 sgg.

(21) Vd. per tutti ora W. ERNST, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht* cit., pp. 551 sgg.

(22) Vd. ora per un tentativo di superamento della concezione della *vis* esclusivamente come « Haftungsbefreiung » W. ERNST, *Wandlungen des 'vis maior'-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Index* 22 (1994), (Omaggio a P.Stein), pp. 293 sgg.

altrove riferita, che esclude il *praestare* del contraente nelle ipotesi di *vis* e *casus*. Una tale contraddizione, inspiegabile se motivata in termini di personale presa di posizione di Ulpiano, trova invece una piana chiarificazione se la si collega ad una tradizione diversa, a cui nel caso specifico ci si conforma: quella appunto del giurista repubblicano.

Una conferma, che anche per Servio il problema era visto come una questione di inadempimento dell'obbligazione del *dominus fundi*, potrebbe poi trarsi da un passo di Alfeno Varo, dove si afferma che nel rapporto locativo agricolo la mercede è pagata non *pro fundo*, ma *pro fructu fundi* cioè per i (in proporzione dei ?) frutti del fondo (Alf.Var. 4 *Dig.* D.40,7,14 pr.). L'*oportere agrum praestari conductori ut frui possit* di Ulpiano (L.15,2 in fine), il « δός μοι τὸν αγρόν, ἵνα αὐτὸν καρπώσωμαι » di Stefano (sc. 'Εμισθωσάμην αγρόν a πᾶσαν βίαν; B.20,1,15) e il *pro fructu fundi pecuniam dare* di Servio/Alfeno in D.40,7,14 pr. sono a mio avviso espressione di una concezione unitaria: il locatore si obbliga non solo a garantire al colono il pacifico godimento del fondo agricolo, ma anche il godimento della sua concreta capacità produttiva (23).

In sostanza è come se il *dominus* si facesse carico non solo della condizione necessaria e naturale per l'esercizio della coltivazione del colono, cioè il libero godimento del fondo, ma altresì assumesse la garanzia della sua stessa capacità produttiva estendendo il godimento dal terreno coltivato e dalle piante fruttifere,

(23) Il CANNATA parla di « obbligazione del *locator* di mettere a disposizione del colono il fondo idoneo al suo sfruttamento »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10 . È questo, d'altronde, un tipo di problema non sconosciuto alla moderna civilistica, in particolare sotto il codice civile del 1865, in base all'interpretazione dominante degli artt.1617 e 1618. Si riteneva, infatti, citando a conforto proprio D.19,2,15,2, che i casi fortuiti, che colpiscono i frutti non separati dalla pianta, colpiscono come tali direttamente il godimento; il LONGO (F.) parla a riguardo di « godimento speciale »; *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli (1893), pp. 352 sgg.; cfr. anche N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano (1895), Carabba, pp. 298 sgg. e p. 300. Per il superamento di questa interpretazione, a favore di una *ratio* equitativa, vd. però G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova (1934), Cedam, pp. 404 sgg.

al raccolto da mietere e ai frutti ancora pendenti (è questa una mentalità in parte simile a quanto si è visto nei formulari catoniani, dove il venditore del *fructus ovium* garantisce non la semplice nascita degli agnelli ma la loro « vitalità »; vd. *supra* I,6). Questa obbligazione di garanzia, se trovava certo un limite nel cattivo risultato agricolo dovuto all'incapacità del colono, sembrava non impedire un suo riconoscimento nel caso in cui una *vis* avesse interrotto il perfezionarsi del ciclo produttivo. Rimandando al prossimo par. l'approfondimento delle ragioni che condizionano un tale *praestare oportere*, può fin da ora rilevarsi che proprio la condizione di *dominus* del locatore rispetto alle messi e ai frutti ancora da raccogliere sembra giocare un ruolo essenziale in questa direzione.

c) *Vis cui resisti non potest/ vitia quae ex ipsa re oriuntur.*

Al *vim praestare* del responso consegue l'individuazione dell'àmbito del *damnum domini*, al quale si contrappone quello del *damnum coloni*, che nella prospettiva del parere di Servio corrisponde al *non praestare* del locatore. La distinzione fatta dal giurista riposa sulle due categorie della *vis, cui resisti non potest*, e dei *vitia, quae ex ipsa re oriuntur*.

La relativa « *cui resisti potest* », che rispetta in modo significativo la terminologia retorica sulla *vis* (24), rappresenta un indizio per il riconoscimento di un responso 'giudiziale', nel quale il ricorso terminologico a categorie retoriche doveva aumentare la forza d'impatto del responso stesso rispetto ad una prassi direttamente o indirettamente condizionata dalle argomentazioni degli *oratores* giudiziali (25). Il fatto che si discutesse della rilevanza della *vis* avrebbe portato gli oratori, infatti, a costruire le loro

(24) Cfr. Cic. *de inv.* II,170: *cui nulla vi resisti potest*; su cui vd. T. GIARO, *Excusatio necessitatis* cit., p. 61.

(25) Cfr. in generale A. STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozess*, in ZSS.65 (1947), R.A., pp. 69 sgg.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le 'legis actiones'*, Roma (1961-1962), Ricerche, pp. 414 sgg.; F. CANCELLI, *Introduzione a Retorica a Gaio Erennio*, Milano (1992), Mondadori, pp. 129-150.

probationes artificiales sui *loci communes* individuati dalla *purgatio*, che al tempo di Servio Sulpicio Rufo coincidono essenzialmente con quelli contenuti nel *de Inventione* ciceroniano e nella *Rhetorica ad Herennium* (26). In base ad essa si accentua nelle *probationes* oratorie la contrapposizione tra *vis* e *culpa* al fine di imputare o meno l'accaduto all'accusato. Il parere serviano, in base alla terminologia usata, sembrerebbe confrontarsi con questo tipo di ragionamento, fornendo però al giudice un diverso criterio per decidere la controversia, criterio che potrebbe volersi contrapporre proprio alla soluzione retorica.

La dottrina non sempre ha posto in evidenza il ricorso alla distinzione tra *vis* e *vitium* per l'approfondimento dei profili causali nei responsi di questo periodo (27), dov'è, invece, possibile notare un utilizzo di questi due concetti rispetto ad ipotesi di danni avvenuti (*damnum infectum, damnum* causato dall'*aqua nocens, damnum iniuria datum, pauperies*) (28).

---

(26) Con la *purgatio* l'oratore amplifica l'esistenza di circostanze che escludono una condotta volontaria dell'agente, e quindi non riprovevole da un punto di vista della etica aristotelica, che sul punto sembra avere influenzato molto i *tópoi* retorici. In questo senso l'imputato « *non factum ipsum sed voluntas defenditur* » (*de inv.* II,31) e « *cum consulto negat se reus fecisse* » (*Rhet.ad Her.*I,24). Sugli esempi di *imprudentia, casus* e *necessitas* vd. il *de inv.* II,31,95 sgg. e la *R.ad H.* II,16,23 sgg., su cui T. GIARO, *Excusatio necessitatis* cit., pp. 29-30; A. ORMANNI, *Necessità (stato di) (dir.rom.)*, in ED.XXVII (1977), pp. 824-825; L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim/Zürich/New York (1986), Olms-Weidmann, pp. 130-131. I *loci communes* dell'accusatore e del difensore vengono descritti in modo significativo dallo stesso Cicerone (*de inv.* II,101): « *accusatoris in confessionem, et quanta potestas peccandi relinquantur, si semel institutum sit, ut non de facto, se de facti causa quaeratur; defensoris conquestio est calamitatis eius, quae non culpa, sed vi maiore quadam acciderit, et de fortunae potestate et hominum infirmitate et, uti suum animum, non eventum considerent* ».

(27) Fa eccezione D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht* cit., pp. 115 sg.; qualcosa anche in I. MOLNÁR, *System der Verantwortung* cit., in BIDR.93-94 (1990-91), pp. 601 sgg.; J.M. RAINER, *Servius und Labeo* cit., pp. 285 sgg.

(28) Di paternità serviana sono in materia di *damnum infectum*, il *vitium aedificii* e la *vis divina* (D.39,2,24,4) e la *vis fluminis* e l'*aedificium vitiatum* (39,2,24,5); si parla invece di *nimia ferocia mulae* e di *culpa mulionis* in materia di *actio de pauperie* (D.9,1,1,4). L'ampiezza di questa 'dogmatica' delle 'cause' alla fine della Repubblica segnalata da Cic. *Top.* 17,65 in relazione ai *bonae fidei iudicia*

Il domandarsi nel caso in esame, se la distinzione operi su un medesimo piano concettuale, oppure se si tratti di criteri contigui, ma non interagenti l'uno con l'altro (sapere cioè se i *vitia quae ex ipsa re oriuntur* siano sempre delle *vis cui resisti potest*, oppure se siano indipendenti dal criterio dell'irresistibilità (29)), significa, a mio avviso, smarrire l'essenza del concetto di *vis* che non può relativizzarsi (30). È invece il passo stesso, attraverso le esemplificazioni del responso serviano, a fornire un aiuto per la comprensione del significato giuridico della distinzione: innanzi-

---

(vd. in particolare D. NÖRR, *Causa mortis* cit., p. 165), è d'altronde testimoniata anche da: Cicerone, che nei suoi *Topica* 9,39 in materia di *actio aquae pluviae arcendae* distingue tra *aqua nocens* a causa di *vitium loci* e *aqua nocens* a causa di *manu factum*; Namusa (D.39,3,2,6) che considera il *dominus* del fondo dal quale viene l'*aqua nocens*, tenuto a risarcire il danno indipendentemente dall'esistenza dell'opera dell'uomo, salvo che per l'*opera agri colendi causa facta*; Alfeno Varo che parla di *vis aquae* (D.9,2,29,4); Trebazio Testa che distingue tra *damnum* causato da un *opus manu factum* ed un *damnum* causato da *vis fluminis*: nel primo caso il convenuto (proprietario del fondo da cui proviene l'*aqua nocens*) è obbligato ad una *restitutio*; nel secondo solo al *patientiam dumtaxat praestare*; cfr. per la ricostruzione del pensiero giurisprudenziale da Servio a Labeone M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano (1940), Giuffrè, pp. 109 sgg.; F. PETERS, *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in SDHI.35 (1969), pp. 135 sgg.; e F. SITZIA, *Ricerche in tema di 'actio aquae pluviae arcendae'. Dalle XII tav. all'epoca classica*, Milano, 1977, Giuffrè. Alfeno in tema di *damnum infectum* ricorda il *vitium aedificii* e la *vis venti* (D.39,2,43 pr.); in tema di *damnum iniuria datum* parla di *vitium bovis* e di *culpa hominis* (D.9,2,52,3) e di *vis* e di *culpa nautarum* (D.9,2,29,4); sui passi in materia di *cautio damni infecti* e di *damnum iniuria datum* cfr. rispettivamente T. GIARO, *Il limite della responsabilità 'ex cautione damni infecti'*, in BIDR.78 (1975), pp. 271 sgg.; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., pp. 115 sgg.; ID., *Causa mortis* cit., pp. 129 sgg. e S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., pp. 153 sgg.; R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der 'condicio sine qua non' bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz (1984), Böhlau, pp. 12-20.

(29) In dottrina analizzando la reale portata della distinzione serviana si sono polarizzate due fondamentali interpretazioni: per alcuni i *vitia* sono sempre *vis cui resisti potest* (ad es. H. ANKUM, *Remissio mercedis* cit., p. 224); per altri vi è una doppia distinzione; « Thus the first distinction in Servius answer is that between *vis cui resisti non potest* and *vis cui resisti potest*. This is limited, by the context of the question, to *vis* which is external, and so the reply naturally provokes the further question: what is the rule when the *vis* is not external ? As the rest of Servius comment makes clear, the rule was not in fact the same, and so he may have felt it necessary to add *si qua... corruptae sint* »; R. SEAGER, *Of Vis and Weeds* cit., p. 334.

(30) Esattamente A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 112; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., p. 122.

tutto le « forze » dei fiumi, delle cornacchie, degli storni e l'incursione nemica, sono sempre « forze » esterne ed irresistibili (31); mentre i « vizi », come l'inacetimento del vino, la corruzione del raccolto per effetto di particolari vermi (*rauca*) e di particolari piante (*herbae*), sono « vizi » che emergono all'interno dell'àmbito della coltura agricola controllata dal colono (32).

Prima di approfondire la portata giuridica della regola serviana voglio soffermarmi sulle parole usate da Servio. Gli esempi dimostrano come l'uso di *vitium* e di *vis* non sembri allontanarsi dalle generali condizioni d'uso dei termini, volendosi esprimere con la prima parola un « elemento deviante » il perfezionarsi di un qualche cosa (33), mentre con la seconda 'fattori esterni' che costringono o impediscono ad un soggetto di fare qualcosa, adattandosi

(31) Riguardo agli esempi relativi alla 'πᾶσα βία' i Basilici riuniscono i casi che nel testo del *Corpus iuris* sono direttamente collegati a Servio Sulpicio con quelli posti dopo la casistica ricondotta ai *vitia ex ipsa re* (B.20,1,15,2 ss. SCHELTEMA A III, p. 986; HEIMBACH II, pp. 342-343). Oltre però a questa risistemazione non emergono nella sostanza elementi nuovi di valutazione. L'ordine espositivo del testo della compilazione si riscontra invece, senza modifiche, nello sc.di Stefano (Σ.2 SCHELTEMA B.III, p. 1180) tratto dal suo *Index*; vd. n. successiva.

(32) Vale la pena notare come nel passo corrispondente dei Basilici (B.20,1,15,3 SCHELTEMA A III, p. 986) si parla di « accidenti » (συμβαίνοντα) derivanti da un vizio della cosa (ἀπο αἰτίας τοῦ πραγμάτος) (che rendono l'originario « *vitia ex ipsa re* » ormai come « *vitium rei* ») nei quali è compreso anche il caso degli 'ὀλίγοι γένωνται κάρποι', il che sovrappone alla valutazione qualitativa delle cause, quella degli effetti, ponendo l'accento sulla esiguità del raccolto in quanto tale. Il già citato sc. di Stefano a « πᾶσα βία » (Σ.2 SCHELTEMA B III, pp. 1180-1181) attesta un approfondimento dei *vitia* aderente all'interpretazione qui seguita, in quanto resi, a differenza del testo sintetico dei Basilici, in termini di « ἐλαττώματα ἐξ αὐτοῦ τοῦ πράγματος ἀναφύεται ». D'altronde l'utilizzazione della parola *vitium* viene meno invece nello sc. di Cirillo a 'πᾶσαν βίαν' (Σ.3 Κυρίλλου, SCHELTEMA B III, p. 1181; HEIMBACH II, p. 344) nel quale proprio l'uso di αἰτία viene accantonato: « ὑπερτέρα βία, οἷα ἐστὶν ἡ τοῦ ποταμοῦ, τῶν γεράνων, τῶν ψαρῶν, τῶν πολεμίων, τὸν μιστώσαντα ὀρᾷ· τὰ δὲ ἐξ αὐτοῦ τοῦ πράγματος τὸν κολωνόν... ».

(33) Cfr. H. MERGUET, *Lexikon zu den philosophischen Schriften Cicero's*, III, Jena (1894), Nachdruck Hildesheim/Zürich/New York (1987), Olms, pp. 834-836; R. LAURENTI, « *Vitium* », in *Enc. Virg.* V, pp. 594-595. In Virg. *Georg.* vv. 87-88 ad es. si ricordano i motivi del perché il colono doveva bruciare le zolle di terreno: « *omne per ignem / excoquitur vitium* ».

bene questo significato agli usi che gli si riconoscono negli scritti latini, dove *vis* corrisponde al concetto greco di βία (34).

Le qualifiche di « irresistibile » per le *vis*, e di avente « origine dalla medesima cosa » per i *vitia* divengono allora per noi importanti non tanto per comprendere l'essenza dei due concetti, quanto per comprendere se, al di là del ricorso a modelli linguistici il cui valore semantico era oramai acquisito, ed è per noi ricostruibile con certezza, si possa trarre da queste validi indizi per la portata giuridica della distinzione.

In dottrina si è da tempo interpretato in diversi modi l'*ex ipsa re*: le varie interpretazioni possono essere distinte per così dire in 'materiali' e 'immateriali'. Nel primo senso si cerca di collegare la parola *res* con una « cosa materiale », sia essa il fondo locato (35), o i frutti del fondo (36). Nel secondo senso, si accentua invece un significato smaterializzato della parola *res*, che

(34) Vd. ad es. in relazione alle cause del « movimento » (*kínesis*) Arist. *Phys.* IV.8, 215a2-7 (Ross); *de coelo* III.2, 300a20-28 (Allan); all'interno del giudizio etico di « lode » (*épainos*) e di « biasimo » (*psógos*) ed in particolare rispetto all'« atto involontario » (*akoúsion*), *Eth. Nic.*III, 1109b35 sgg. (Bywater); *Eth. Eud.* 1124a10 (Walzer/Mingay; 1991); *Eth.Meg.*I.14,1188a35 sgg. (Susemihl); nell'agire *díkaion* o *ádikon*, *Eth. Nic.* V.3.1135a15 sgg.; nella *Ars loquendi* vd. ad es. *Rhet.*I.10.1368b32 sgg. (Ross); 1370a9; 1377b4-5. Per le fonti latine più antiche si vd. ad es. « *vis venti* »; « *alia vis* » (*Fragm. poet. lat.* Morel; p. 53); « *vires... magnae* » (Liv. Andr. *FPL.*, Morel, fr.8, 20 (22), p. 118); in Accio ed Ennio prevale l'uso di *vis* nel contesto militare; Plauto — dove il termine ricorre 57 volte — lo usa soprattutto come *vis* umana : ad es. *Bacch.*842-843; *Casina* 80; *Merc.*45; *Miles* 454; *Rudens* 839-840; *Trucul.*, *arg.* 5; *Aulul.*, *arg.* II,2; Terenzio non si allontana da questi valori semantici. Nel *de agri cultura* di Catone (« *in radices vires oleae abibunt* » LXI; nel descrivere le qualità della « *brassica pythagorea* » curativa: « *et vim magnam habet* » CLVII,2; « *Brassica erratica maximam vim habet* » 12) *vis* sembra assumere un significato analogo alla « δύναμις », concetto introdotto nella letteratura botanica da Teofrasto (*Hist. plant.* IX,10,2; IX,10,4; IX,11,3-4); cfr. S. BOCCHERINI, *Lingua e scienza greca nel de 'agri cultura' di Catone*, Roma (1970), ed. Ateneo, pp. 30 sg.; Varr.*de l.L.* 5,63; 5,70 (« *Ab ignis iam maiore vi ac violentia vulcanis dictus* »); 6,80; 9,92; *de re rust.* I,9,2; I,19,2. Lucr.*de rerum nat.* V,156 sgg.; Cic.*de nat.deor.*II,5 (Plasberg); *de fat.*43 (Ax); *de inv.* II, 24-25 (Ströbel); 86; 96; 98; 101.

(35) Vd. ad es. CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v. 17 (1815), p. 449 n. 33 e p. 455; e tra gli autori più recenti M. KASER, *Periculum locatoris* cit., p. 172.

(36) Per la letteratura più antica ad es. CUIACIUS, *Observationes* L.XXVI, c.32, in *Opera* III; per quella più recente G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore* cit., in RISG.9 (1957-1958) (estratto), pp. 10-13.

esprimerebbe un *quid* di più complesso, e che per alcuni sarebbe la « attività di coltivazione » (37), per altri l'obiettivo « àmbito di attività agricola » (38). Le diverse opzioni interpretative hanno condizionato la comprensione della *ratio* del parere dove ricorre il criterio dei *vitia, quae ex ipsa re oriuntur*. Va subito detto che la proposta equivalenza tra *vitia ex ipsa re* e *vitia fundi* pone un problema rispetto a D.19,2,19,1, dove a fronte di un vizio del pascolo locato, Servio riconosce comunque una condanna del locatore, a prescindere poi dalla sua diversa entità (vd. *supra*) (39). Gli esempi però escludono chiaramente che il giurista intendesse la formulazione in questo senso.

Altra lettura che non soddisfa è quella che, accentuando nell'*ex ipsa re* essenzialmente l'attività di coltivazione, ritiene di dover far coincidere i *vitia* così emersi in questo àmbito con la « negligenza od incapacità del coltivatore conduttore » (40). Questa interpretazione, in sostanza, finisce per proporre una coincidenza tra la contrapposizione *vis/vitium* e quella *vis/culpa* (41) e perciò tradisce la portata giuridica del criterio serviano, il quale intenzionalmente propone una soluzione che privilegia l'impossibilità del riconoscimento di un *praestare* del locatore quando si sia verificato un danno al raccolto dovuto a vizi nati *ex ipsa re*, in base alla individuazione dei pericoli a cui il colono va comunque incontro concludendo il contratto, anche quando non vi sia

(37) Vd. ad es. W. SELL, *Über die remissio mercedis bei dem Pachtvertrag wegen zufälliger Verhinderung des Früchtebezugs*, in AcP.20 (1837), pp. 206-217; e più di recente P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re* cit., p. 27.

(38) F. SITZIA, *Considerazioni in tema di periculum locatoris* cit., p. 334; vd. d'altronde le considerazioni del BETTI sul concetto di *res locata* in base ad Alf.D.19,2,31, in *Istituzioni* cit., II, 1, p. 223; cfr. ora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., pp. 175-176, che parla di « risultati » ed « insuccessi... intrinseci alla natura stessa dell'attività in questione ».

(39) Chi accede a questa interpretazione viene poi di solito a risolvere la contradddizione tra i due passi ritenendo uno dei due interpolato; cfr. M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 176 sg.

(40) P. PINNA PARPAGLIA, *op. ult. cit.*, pp. 26-27; ma già W. SELL, *Über die remissio mercedis* cit., p. 217 il quale aveva parlato di danni ai frutti che potevano essere evitati o quantomeno diminuiti « durch Anwendung gehöriger Sorgfalt »; vd. altresì F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 925-927.

(41) Vd. già A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano* cit., p. 189.

una sua *culpa*. Ciò non vuol dire certo che i danni al raccolto dovuti alla colpa del colono non siano estranei al *praestare* del locatore — Q.Mucio forse direbbe che il colono non avrebbe subìto in questo caso alcun danno rilevante (Pomp. *ad Q.Mucium* D.50,17,203) — ma al contrario che oltre questi danni, egli dovrà sopportare anche quelli che hanno origine dal processo agricolo complessivamente inteso come àmbito della coltivazione, del *colere*, àmbito da lui controllato, in quanto *colonus*, dalla semina al perfezionamento del prodotto agricolo, sebbene danni non condizionati da sue incapacità accertabili in concreto sul piano probatorio e ascrivibili a *culpa*.

L'interpretazione citata, poi, non tiene conto del fatto che *culpa* e *vitium* non soddisfano, in un responso tramandato dai *Digesta* di Alfeno Varo, un rapporto sinonimico (42), e che le condizioni generali d'uso dei due termini nelle fonti giuridiche ne attestano spesso il differente campo semantico (43). In sostanza l'interpretazione in chiave di *culpa* del criterio dei *vitia ex ipsa re*, che d'altronde potrebbe aver condizionato lo stesso Ulpiano e poi i compilatori a tramandarne l'originario tenore (44), riconduce il criterio qui proposto entro un significato giuridico da cui il giurista repubblicano si voleva apertamente allontanare, slegandosi dal semplice giudizio sulla *culpa coloni* e fornendo al giudice un modello di soluzione costruito sulla differenza ontologica delle cause del danno e sull'àmbito della loro provenienza, con notevole praticità sul piano probatorio.

Quando il giurista repubblicano afferma che affinché il *damnum* sia posto a carico del colono (ciò che equivaleva ad escludere un *praestare* del *dominus*) il *vitium* deve aver avuto la sua *origo* « dalla medesima cosa », egli intende l'intervento nel 'processo produttivo' della coltura agricola controllato dal colono, in cui concorrono comportamenti umani e fattori naturali, di una qualsiasi circostanza a questo interna, che impedisca di fatto il

(42) Alf.D.9,2,52,3 dove si contrappongono il « *vitium bovis* » e la « *culpa hominis* »; sul passo vd. *infra* pp. 284 sgg.

(43) Cfr. VIR. sv. coll. 1417-1420.

(44) Per questa osservazione vd. F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., p. 334 n. 9.

raggiungimento del prodotto agricolo, sia esso frumento, uva e olive, sia esso vino e olio (45). A riguardo il *iudex* non deve verificare se il colono si sia comportato come un uomo diligente, e nemmeno il colono stesso può ritenersi liberato nel caso lo riesca a provare. Non si ricerca nè un semplice nesso di causalità tra comportamento del colono e danno al raccolto, nè tantomeno un giudizio di riprovevolezza della sua condotta in rapporto a modelli comportamentali (*bonus colonus*) a cui essa non si sia adeguata (46).

Ciò che a Servio preme evidenziare, invece, nella elaborazione di questo criterio, è la formazione di una regola costruita sul 'tipo di contraente' che permetta di delimitare anche i pericoli contrattuali, da un lato quelli del proprietario del fondo, d'altro lato quelli del 'colono' (47).

Ciò spiega perché già con Bartolo si sia creduto di spiegare il criterio dei *vitia quae ex ipsa re oriuntur* ricorrendo alla regola del *casum sentit dominus* (48). Una tale spiegazione è però stata criticata dal Cuiacio, il quale nota giustamente che, una volta avvenuta la *perceptio* dei frutti, il colono non solo avrebbe dovuto sopportare le conseguenze di questi *vitia*, ma altresì anche le conseguenze della *vis cui resisti non potest* in quanto con la raccolta

(45) Da questo punto di vista tutte e due le seconde interpretazioni, sia quella « materiale », che quella « immateriale », colgono uno dei profili essenziali del criterio, in un caso (vizi dei frutti) quello del risultato, nell'altro (obiettivo àmbito di attività agricola) quello del processo agricolo nella maturazione del raccolto.

(46) Per il PINNA PARPAGLIA, invece, tale parametro sarebbe indirettamente posto dalle raccomandazioni degli scrittori di *res rusticae*; *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 25-26.

(47) Anche rispetto al criterio dei *vitia*, l'essenza concettuale si avvicina al concetto 'generico' di 'rischio e pericolo'; a riguardo bisogna riconoscere al LUZZATTO di aver impostato correttamente i termini giuridici del problema, seppure questo A. debba ricorrere all'itp. del [*cui resisti non potest*] per slegare i *vitia ex ipsa re* da una valutazione in termini di 'resistibilità', riferendoli esclusivamente « alla ripartizione obiettiva del rischio »; *Caso fortuito* cit., p. 222; vd. anche *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in BIDR.63 (1960), p. 106 n. 118. Vd. ora W. ERNST, *Das Nutzungsrisiko* cit., pp. 554-557; A. DOLL, *Von der vis maior* cit., p. 25; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 370-371.

(48) Vd. BARTOLUS, *In secundam Digesti veteris partem commentaria* cit., L.XVI, § *si vis*, f.123 col.1; R.J. POTHIER, *De diversis regulis juris antiqui*, Pisis, II (1826), p. 82 n. 5.

l'obbligazione del locatore sarebbe stata adempiuta (49). Si dovrebbe quindi pensare per il Cuiacio ad eventi che, al contrario, colpiscono il raccolto prima della *perceptio* del colono, quando sia ancora nel *dominium* del locatore, o quantomeno quando non sia possibile dire con sicurezza se questo passaggio vi sia stato (50). In sostanza il *si vinum coacuerit* andrebbe inteso come « *uva aut vindemia pendens, dura vel cruda, adeo ut maturescere non possit* ».

Anche questa interpretazione, però, come quella di Bartolo, sembra portare ad un certo irrigidimento dei motivi del criterio dei *vitia*, in quanto, come è vero che a riguardo è irrilevante l'avvenuta *perceptio*, così è altrettanto vero che lo è anche la mancata *perceptio*. Per il riconoscimento del *damnum coloni*, come limite del *praestare* del locatore, gioca, infatti, un ruolo fondamentale non tanto chi sia *dominus* delle cose perite, come al contrario nell'ipotesi di *vis*, quanto la individuazione dei « pericoli » collegati ad una figura individuata di contraente. Il colono sopporterà sia il danno occorso all'uva *pendens*, sia quello emerso durante il processo di vinificazione. Egli, proprio in quanto *colonus*, ha a suo carico una serie di « pericoli » immanenti alla coltura agricola (*colere*), attività produttiva che ha scelto liberamente di svolgere nel proprio interesse, come quelli dell'inacetimento del vino e della distruzione del raccolto per i vermi che vivono nel terreno e per certe erbe (51).

Riguardo, invece, al riconoscimento di un *vim praestare* del locatore, il ricorso alla « forza irresistibile ed esterna » esprime un concetto che non sta, qui, a significare la *iusta causa excusationis* dell'obbligo del conduttore di pagare la mercede, come nella prospettiva degli oratori e di una parte della dottrina moderna (52), ma la categoria di riferimento di una serie di eventua-

(49) *Observationes* cit., in *Opera* III, col. 754.

(50) Per Paolo ad es. (D.6,1,78), la *perceptio* dell'uva e delle olive coincide con il momento iniziale della loro raccolta.

(51) Il RAINER parla di « Ereignisse » che « innerhalb der Norm, des natürlichen Ablaufes der Dinge liegen, die nicht Außergewönliches darstellen »; *Servius und Labeo* cit., p. 292; vd.; nello stesso senso, ora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., pp. 175-176.

(52) Così invece F.M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir.rom.)*, in ED.XXXIX (1988), p. 1057; T. GIARO, *Excusatio necessitatis* cit., pp. 61 sgg.; p. 178.

lità, gli effetti delle quali sono posti a carico del locatore in quanto non considerate idonee a liberarlo dalla sua obbligazione di *frui praestare*, che non si considera adempiuta fino alla *perceptio* dei frutti da parte del colono. Del locatore, però, nella prospettiva dell'azione *conducti*, si riconosce il *praestare*, non in quanto semplice debitore, ma in veste di debitore-*dominus* dei frutti periti, obbligato a garantire il godimento non solo del fondo e delle piante fruttifere, ma anche il godimento dei *fructus fundi*, cioè delle messi ancora non raccolte e dei frutti appesi alla pianta e per ciò ancora parti indivisibili dell'*ager*. *Vis*, in sostanza, esprimerebbe qui, analogamente a come è stato detto ricorrendo al concetto di « rischio », in senso generico, la « *eigentumsimmanente Gefahr* » (53), cioè, seguendo l'espressione romana, il contenuto di uno *stare praes*, interno all'*oportere* del locatore, per i danni avvenuti al raccolto, in quanto sebbene essi siano dovuti a « forze irresistibili », il locatore ne deve rispondere perché oggetto della garanzia del *frui* (54), la quale proprio per il rapporto proprietario che lo lega al raccolto nel momento del perimento permetterebbe un così ampio *praestare*.

In sostanza, la possibilità per Servio Sulpicio che si riconosca a carico del locatore un *vim praestare* rispetto al raccolto del fondo locato è la conseguenza di due elementi: da un lato il fatto che egli riceva la mercede *pro fructu fundi*; d'altro lato che egli sia *dominus* del raccolto al momento del verificarsi della « forza della tempesta » (55). Il perimento fortuito del raccolto

(53) W. Ernst, *Das Nutzungsrisiko bei Pacht* cit., pp. 545 sgg.; ed ora Id., *Wandlungen des 'vis maior'-Begriffes* cit., pp. 295 sgg.; per questo A. non saremmo quindi di fronte ad una « haftungsbefreienden Tatbestände » come invece vorrebbe il Doll, *Von der vis maior* cit., p. 29; segue l'Ernst ora I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln/ Wien/ Weimar (1993), Böhlau, p. 276.

(54) Vd. in questo senso G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] cit., p. 214.

(55) Vd., ad es., Africano D.47,2,62 (61),8: « *et ideo colonum, quia voluntate domini eos (sc.fructus) percipere videatur, suos fructus facere* »; sul passo vd. M. Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in ZSS.65 (1947) R.A., p. 51, che ritiene di riconoscere quantomeno il fondamento classico della soluzione. I *prudentes* classici distinguono rispetto alla appartenenza del raccolto in tema di usufrutto fra *ius seminis* e *ius soli*. Giuliano, ad es., afferma che « *prae-*

non lo libera quindi dalla propria obbligazione, ma determina un suo *stare praes* proprio in quanto esso è un 'pericolo del debitore-proprietario'.

Si chiarisce la *ratio* della regola di Servio Sulpicio Rufo (56), con cui si ripartisce il *damnum* agricolo nei patrimoni del locatore e del colono, prescindendo da un'indagine dei comportamenti dei contraenti. Si deve infatti accentuare che quella del giurista repubblicano, date da un lato l'elaborazione di una teorica progredita delle *causae*, e d'altro lato l'acquisizione e l'uso tecnico del concetto di *culpa*, è una scelta consapevole che ricerca dei criteri slegati da complesse indagini sulla condotta delle parti, per costruire la decisione giudiziale sulla semplice attrazione delle cause del danno nei due concetti di *vis, cui resisti non potest* e di *vitia, quae ex ipsa re oriuntur*.

Quel che sembra poi significativo è il ricorso al *praestare* nella prospettiva dell'*actione conducti teneri* sebbene ci si spinga a far garantire al locatore gli effetti della *vis*. Una tale elasticità dei contenuti del *praestare*, estranea al moderno irrigidimento del concetto di 'responsabilità', non deve per ciò solo sollevare delle perplessità, ed anzi deve confermare l'opportunità di ricostruire in modo storicamente articolato l'emersione di un modello del *praestare* (quello di D.50,17,23) che, se in parte giustifica quell'irrigidimento, non può essere considerato a priori l'unico modello delineatosi nelle concezioni dei giuristi preclassici.

diorum frumenta et vinum fructu recte dicimus »; l.58 *Dig.* (D.21,2,43); ed ancora « *omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur* » l.7 *dig.* (D.22,1,25 pr.). La visione del redattore dell'*edictum perpetuum* coglie l'elemento discriminante nell'appartenenza del « *corpus ex quo percipitur* », negando rilevanza al « *semen ex quo oritur* » (D.22,1,25,1); Gaio ritiene che « *fructus pendentes pars fundi videntur* »; l.29 *ad ed. prov.* (D.6,1,44). Su queste costruzioni si sono ipotizzate influenze filosofiche; P. Sokolowsky, *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle (1902) Niemeyer, pp. 449-451.

(56) Per Horak la soluzione serviana sarebbe una « Begründung aus juristischen Konstruktionen » (*Rationes decidendi* cit., pp. 129 sgg.); questa qualificazione del responso è nella sostanza esatta, ma deve essere precisata evidenziando che se il risultato ricercato dal giurista è l'effetto di una costruzione esclusivamente giuridica, l'imprestito del concetto dalle teorie che le *artes* ellenistiche avevano elaborato è a mio avviso indiscutibile.

Questo non significa, però, che il riconoscimento di un *vim praestare* rispetto all'obbligazione del locatore di *frui praestare* fosse sentito (e perciò regolato) allo stesso modo dell'inadempimento della stessa obbligazione in caso di *culpa locatoris*. In particolare il *vim praestare* non si traduce sul piano della *condemnatio* del locatore nell'interesse positivo del colono (*id quod interest*: ad es. le spese sostenute e gli utili persi), ma si limita al valore della mercede (che se già pagata si deve restituire, altrimenti non si deve pagare). Ciò però non è tanto dovuto all'applicazione di due distinti criteri, posti su di un piano di subordinazione logica (57), uno quello della imputazione dell'inadempimento (problema della responsabilità), un altro, quello della ripartizione del rischio (58), quanto, coerentemente al valore dell'*officium iudicis* nei *iudicia bonae fidei* (D.3,5,6), è collegato alla tendenza ad adeguare l'entità della condanna del locatore per l'inadempimento della sua obbligazione in base al tipo di inadempimento stesso. Quando il mancato godimento della *res locata*, intesa nel caso del fondo agricolo comprensiva dei frutti non ancora *percepti* dal colono, è dovuto ad una *vis*, cioè ad una « forza esterna ed irresistibile », allora il locatore se ha già ricevuto la mercede è obbligato a restituirla, se, al contrario, il suo pagamento è posticipato, la perde. Ciò però non impedisce che dal punto di vista del tipo di problema la questione sia vista, a differenza del diritto moderno, in modo unitario, sempre come *praestare oportere* del locatore.

Tutto questo è peraltro coerente con quanto già visto in D.19,2,19,1 e con quanto Servio stesso dispone in materia di locazione urbana (D.19,2,33 *in fine*-35 pr.; 27 pr.; 30 pr.), dove emerge chiaramente la necessità di distinguere tra l'inadempimento intenzionale e negligente, e quello dovuto a circostanze di cui si ignora l'esistenza (D.19,2,19,1), e/o necessarie (D.19,2,33 *in fine*-35 pr.; 27 pr.; 30 pr.) (59).

(57) Così invece E. Betti, *Periculum* cit., pp. 134 sgg.

(58) Vd. in questo senso M. Kaser, *Periculum locatoris* cit., pp. 156-157; ed all'interno di una valutazione già generale M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano (1990), Giuffrè, p. 668.

(59) Il Cannata, esaminando D.19,2,33-35 pr., riconosce che sebbene si operino tutta una serie di puntuali distinzioni, « l'impostazione del discorso è sempre unica, ed è precisamente fatta in termini di determinazione delle obbligazioni del *locator* »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

Bisogna ora prendere in esame i successivi esempi che vengono fatti rientrare nell'uno e nell'altro criterio. Essi sono immancabilmente introdotti da un *sed et si* e contengono non poche ripetizioni. Per questo motivo si sospetta solitamente un intervento postclassico teso ad ampliare gli esempi addotti (60). Indubbiamente questa estensione potrebbe essersi sovrapposta in età postulpianea al responso serviano, ma ritengo che essa possa imputarsi, dove non sia invece dello stesso Servio, al giurista del *refert* papiraceo, dato che il discorso ulpianeo è costruito indirettamente (*futurum/ esse/ esse*). Gli esempi si riferiscono, in successione: ad un caso da non includere nei *vitia* ma nelle *vis* (*labes facta*); a due esempi di *damnum domini* (*uredo*; *fervor solis non adsuetus*); ad un caso di *damnum coloni* (*exercitus praeteriens*); ed infine ad un esempio classico di *vis*, il terremoto.

La soluzione data all'ipotesi della *labes facta*, che abbia distrutto tutto il raccolto, pone a carico del *dominus* questo danno: si dice che in questo caso esso non debba essere del colono, in quanto egli avrebbe già sopportato il danno delle sementi.

Il fatto che si argomenti negativamente per imputare il danno al locatore sembra deporre per una impossibilità di attrarre automaticamente la *labes* nelle *vis*. Ciò condizionerebbe l'andamento della frase ed il suo inserimento come eccezione alla regola dei *vitia*. Si sente cioè la necessità di affermare che, sebbene si tratti di una frana, il fatto che da ciò sia andato distrutto l'« intero raccolto » (*omnem fructum*), impedirebbe di costringere il colono a pagare, oltre al danno già subìto per la perdita delle sementi, la mercede. D'altronde nell'unico passo oltre a questo in cui viene in esame una *labes* (D.19,2,62; su cui vd. *infra*), il giurista Paolo non ha dubbi nell'interpretarla in ogni caso come *vitium*, sia essa dovuta ad un vizio del terreno, sia essa dovuta ad un vizio dell'opera dell'uomo. Si spiega allora perché qualche autore abbia tentato di interpretare l'ipotesi in esame

(60) Cfr. Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., p. 162.

come una *labes fructuum* dovuta al vento o alla forte pioggia (61), ma ciò non sembra corretto, ben potendosi avere in fondi coltivati con la tecnica del 'terrazzamento' frane anche di una certa consistenza (62).

Altro problema è dato anche dalla prospettiva della frase, non più legata al *iudicium conducti*, ma a quello *locati*. Essa si spiega in quanto nel caso di *merces postnumerata* la controversia poteva essere introdotta dal locatore che pretendeva la mercede arretrata dal colono, pur essendo il raccolto andato distrutto. La contraria prospettiva processuale non avrebbe in ogni caso impedito di risolvere la questione in base al criterio serviano, in quanto la natura *bonae fidei* del giudizio avrebbe portato il giudice *ipso iure* a tener conto, contemporaneamente alla pretesa del *dominus*, della eccezione del colono fondata sull'inadempimento della obbligazione di quello. Il *sed et si* esprimerebbe quindi un'eccezione alla regola, introdotta, se non dallo stesso giurista repubblicano, quantomeno in un'epoca a lui di poco successiva. In sostanza, avendo fornito al giudice una serie di esempi utili, si sente l'esigenza di evidenziare subito un caso per il quale, in base ad una valutazione di natura equitativa facente forza sulla distruzione di tutto il raccolto, la regola doveva subire degli adattamenti (63). La motivazione che viene data è coerente con questa lettura, in quanto sarebbe in questa percepibile lo sforzo di adattamento che la *fides bona* sembrava imporre alla regola (64).

Gli esempi successivi (l'*uredo* e il *solis fervor non adsuetus*) potevano a loro volta rappresentare eventualità non automaticamente attraibili nello schema serviano e per ciò stesso condizionanti una sua verifica. Così Cicerone ci dice che non si deve biasimare *Iuppiter* per la *uredo* (« *nec, si uredo aut grando quipiam nocuit, id Iovi animadvertendum fuit* »; *de nat. deor.* 3,35) (65). D'altronde il *fervor solis* esprime a sua volta un forte calore proveniente dal sole, che non doveva però essere per ciò solo attratto nel concetto di *vis*.

(61) Cuiacius, *Observationes* cit., XV c.28; Chr. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v. 17, p. 450-451 n. 36.

(62) Vd. per questo argomento già W. Sell, *Über die remissio mercedis* cit., p. 211 n. 47.

(63) Su altri esempi nei quali sembrerebbe che Servio si assumesse « il compito 'dialettico' di integrare e perfezionare » una regola o una definizione posta da lui stesso, in rapporto alle sollecitazioni della prassi vd. M. Bretone, *Il responso nella scuola di Servio*, in *Tecniche e ideologie*² cit., pp. 96-97.

(64) In questo senso M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute* cit., in BIDR. 92-93 (1989-1990), p. 883.

Il loro inserimento negli accadimenti che producono un *damnum domini* esprime un processo interpretativo sollecitato dalla prassi nella commisurazione della regola repubblicana ad ipotesi che, presentando alcune particolarità, ne impongono una verifica rispetto ai tipi di controversie per le quali veniva applicata.

Si prepara il terreno per una riconsiderazione del *discrimen* tra *damnum domini* e *damnum coloni*, che trova espressione nella motivazione che segue: « *si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse* » (66). L'àmbito del *damnum coloni*, che nel frammento in esame esprime i limiti del *praestare* del locatore, viene condizionato dal fatto che ciò che è accaduto non va oltre il consueto, non è cioè straordinario (67). Una tale prospettiva forza il criterio serviano, gli si sovrappone, inserendo un giudizio sulla « consuetudine » o meno dei fattori che hanno determinato il danno al raccolto, che comporta un suo superamento (68). Essa quindi non può considerarsi di Servio Sulpicio Rufo, ma riflette a mio modo di vedere la visione del giurista

(65) Plinio il Vecchio nella sua *Nat. Hist.* (18,68,275) afferma che l'*uredo* può essere l'effetto non solo del calore del sole, ma anche del *frigor*; la gl.« *uredo* » parla di « *ventus urens fructus* ».

(66) Questo criterio viene considerato giustinianeo in base alla differente portata sostanziale che implica; Niedermeyer, in *Byzantinengriech. Jahrbücher* 2 (1921), p. 91 (cito da *Index Interp.*); vd. altresì G. Longo, *Sulla disciplina della locatio conductio* cit., in *St. Biondi* II, p. 292. In realtà però la sua genuinità non può seriamente contestarsi sia per la complessa tradizione del testo in cui si sovrappongono al criterio serviano due commenti di giuristi successivi, sia per il ricorso ad un criterio molto simile in un responso di Labeone (D.18,1,78,3) dove si parla di tempeste « *contra consuetudinem* »; sul rapporto tra le due formulazioni vd. *infra*.

(67) Il Betti parla a riguardo di « margine di alea »; *Istituzioni* cit., II, 1, p. 244; vd. altresì F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 894.

(68) Vd. Chr. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v. 17, p. 455.

da cui Ulpiano trae la notizia repubblicana (69). Precisare meglio in quale età essa possa considerarsi maturata non è facile, ma val la pena sottolineare che Labeone, interpretando una *lex contractus* apposta ad una vendita del raccolto futuro, ritiene di considerare *vis et tempestas* solo ciò che accade *contra consuetudinem* (D.18,1,78,3). A prescindere in questo contesto dal valutarne il rapporto con l'*extra consuetudinem* contenuto nel frammento di Ulpiano (70), indubbiamente la prospettiva labeoniana dimostra come già in età augustea stesse emergendo un nuovo significato della *vis*, che rappresenta, rispetto alla distinzione serviana, un adeguamento sollecitato dalla riflessione sulla prassi.

L'esempio successivo dell'*exercitus praeteriens* ha posto qualche problema interpretativo: secondo alcuni autori si tratterebbe nuovamente, data l'interpunzione dell'*editio maior* del Mommsen inserita prima dell'*idemque dicendum*, di una ipotesi di *damnum domini* (71). Si è però ipotizzato convincentemente un collegamento dell'*idemque dicendum* non con le ipotesi precedenti di danno proprietario, ma con quanto il giurista aveva appena detto, cioè che *damnum coloni esse* (72). Una tale interpretazione spiegherebbe, d'altronde, la diversità tra il caso dell'*incursus hostium* e il caso dell'esercito (non necessariamente nemico) di passaggio (73).

---

(69) Secondo il PERNICE (*Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzb. Berlin. Akad. Wiss. phil. hist. Klass.*, pp. 444 sgg. [= *Labeo* 8 (1962), pp. 351 sgg.]) le « *Hauptgrundlage* » del commentario ulpianeo *ad edictum* sarebbero le opere edittali di Giuliano e Pomponio (p. 461 [= p. 367]) e gli stessi libri *ad ed.* e *posteriores* labeoniani non sarebbero stati consultati direttamente dal giurista severiano (pp. 474-476 [= pp. 379-382]), il che avvalorerebbe l'ipotesi che si tratti di Pomponio come vuole l'ARANGIO-RUIZ; *Ulp. l.32 ad ed.* cit., p. 163. Non va al di là di una mera congettura l'ipotesi di T. HONORÉ secondo cui la conoscenza ulpianea della giurisprudenza tardorepubblicana sarebbe mediata dai libri *ad Vitellium* di Massurio Sabino; *Ulpian*, Oxford (1982), Clarendon, pp. 222-223.

(70) Su cui vd. *infra* V.2.D.

(71) Vd. ad es. H. ANKUM, *Remissio mercedis* cit., p. 224.

(72) Vd. F. SITZIA, *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., p. 339.

(73) Il SITZIA opportunamente accentua che: « Altro è,..., l'*incursus hostium* che distrugge il raccolto, altro la circostanza che alcuni soldati di passaggio abbiano asportato qualcosa (*aliquid*) dal fondo »; *Considerazioni in tema di 'periculum locatoris'* cit., p. 339; così anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., p. 177.

Siamo giunti così all'ultimo esempio dove il *terrae motus* devasta non solo i frutti ma il fondo stesso (« *ager... ita corruerit ut nusquam sit* ») (74). Ciononostante, coerentemente alla regola sul *vim praestare*, si ritiene anche questa ipotesi un *damnum domini*, cioè un'ipotesi di cui il locatore 'sta garante' nei limiti del valore della mercede.

C. *Determinazione del* praestare *del* colonus *attraverso una clausola apposta all'accordo di locazione (D.19,2,30,4)*

Una concezione della *vis* analoga a quella della L.15,2, cioè come « forza esterna ed irresistibile », si incontra nella epitome paolina dei *Digesta* di Alfeno Varo, dove viene ricordata una « clausola » apposta al contratto (75) attraverso la quale le parti fissano i limiti dell'obbligo di restituzione della *villa locata*.

Alf.l.3 *dig. a Paulo epitom.* (D.19,2,30,4)
Colonus villam hac lege acceperat, « ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem »: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse (76).

---

(74) Vd. a riguardo le considerazioni di W. SELL, *Über die remissio mercedis* cit., p. 199.

(75) Il tenore della *lex contractus* sembrerebbe far pensare ad un *legem dicere* del locatore per rafforzare la sua aspettativa alla restituzione; così F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino (1992), Giappichelli, p. 51. Non c'è dubbio, però, che il giurista la intenda come un *pactum* (...*respondit id pactum esse, ut, si....; utrosque...voluisse*); sul *legem dicere* vd. M. KASER, *Das Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschr. Wieacker (70.G.)* (1978), pp. 93 sgg. [= in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien/Köln/Graz (1986), Böhlaus, pp. 70 sgg.].

(76) La critica interpolazionistica sofferma la sua attenzione soprattutto sul « *non fortuito casu* »; A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., in BIDR.20 (1908), p. 160 n. 3; A. GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica* 1, in *Annali Perugia* 37 (1924), (estratto), pp. 13-14; S. SOLAZZI, *Miscellanea*, in AG.94 (1925), pp. 83-84 che finisce per espungere tutto il contenuto del responso. Per la genuinità V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 163 sg.; K. VISKY, *La responsabilité* cit., in RIDA.3 (1949), p. 437; U. VON LÜBTOW, *Die Haftung des Pächters nach D.19,2,30,4*, in *St. Betti* 3 (1962), pp. 369 sgg.; A. WATSON, *The law of*

Il colono accetta di concludere l'accordo di locazione con la *lex contractus* in base alla quale si impegna a restituire la *villa incorrupta*, salvo che per i deterioramenti dovuti a *vis et vetustas*. Il *servus* del colono, non per « caso » (*non fortuito casu*) la incendia (77).

Il responso dice che l'*incendere* del servo non rientra nel concetto di *vis*, che insieme alla *vetustas* liberava secondo il patto il colono dalla sua obbligazione di restituire la *villa incorrupta*. In realtà la *lex contractus* sarebbe stata voluta da entrambe le parti (*utri voluisse*) per escludere la *vis extraria* e non l'incendio della villa causato da un *aliquis domesticus*.

Il giurista, nell'individuare la portata della *lex contractus*, segue la via dell'approfondimento del significato dei concetti ivi utilizzati, ritenendo in questa operazione di superare l'interpretazione letterale delle parole usate (probabilmente via naturale nell'interpretazione del *legem dicere*) e l'indagine della volontà dell'autore della *lex privata* (locatore), per preferirne una che privilegi ciò che entrambe le parti intendessero ricorrendo a queste,

---

obligations cit., pp. 118 sg.; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 145; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 176 sgg.; W. HOFFMANN-RIEM, *Die custodia-Haftung des Sachmieters untersucht an Alf.Paul.*, in ZSS.86 (1969) R.A., p. 398; B.W. FRIER, *Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in ZSS.95 (1978) R.A., pp. 249-252; J.A.C. THOMAS, *Actiones ex locato/conducto and Aquilian Liability*, in AJ.(1978), p. 129; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der 'vis maior'* cit., in *Iura* 32 (1981), pp. 83-84; ID., *Veranwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.II, 14 (1982), pp. 628-629; ID., *System der Verantwortung* cit., in BIDR.92-93 (1989-1990), pp. 604-605; P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 72 sgg.; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., in ZSS.100 (1983) R.A., p. 365; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 487; I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., pp. 70-73; C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa* cit., p. 422; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II, § 10 n.189; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 51; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., pp. 162-163.

(77) Il fatto allora che l'incendio non fosse considerato un « caso » è rilevante ai fini della soluzione giuridica e pertanto non può considerarsi interpolato; plausibile il rilievo del BEHRENS (*Die vis maior und das klassische Haftungssystem*, diss. Giessen; 1936, pp. 14-15) che il « *fortuito* » non si adatterebbe ad una condotta, come appunto l'« *incendere* », il che comunque non modifica nella sostanza la comprensione del problema che ha dato origine al responso.

accentuando con ciò il profilo bilaterale del *pacisci* (*pactum; utrosque voluisse*) (78) sul profilo unilaterale del *legem dicere*.

In particolare egli concentra la sua valutazione sul rapporto tra l'*incendere* del *servus* e la *vis* esclusa nella *lex contractus* dal *praestare* conseguente al deterioramento della *villa*. La possibilità di imputare l'inadempimento al colono viene motivata attraverso due spiegazioni che si intersecano tra loro. La prima, di natura puramente logico-concettuale, nega che l'incendio dello schiavo possa considerarsi, nell'ipotesi esaminata, 'caso fortuito', possa cioè essere la *vis excepta*, coerentemente al concetto di *vis* che Servio aveva formulato in L.15,2 (D.19,2), come « forza esterna ed irresistibile » (79). La seconda cerca di rafforzare la prima con un argomento *ad adiuvandum*, con cui si afferma che d'altronde ciò sarebbe coerente con il significato che i due contraenti hanno voluto riconoscere alla parola *vis* inserendola nel patto. Per Alfeno, non solo l'*auctor* della *lex privata* (il locatore), ma entrambi i contraenti con la parola *vis* non intendevano escludere il *praestare* del colono per quel fatto del sottoposto, ma soltanto la « forza esterna » (*extraria*). Si potrebbe pensare, ad esempio, ad un incendio proveniente da un altro fondo, che si sia propagato anche alla cosa locata, o a un vento sopraggiunto (80).

Questa scelta di Alfeno solleva alcune perplessità. Perché si deve percorrere la via dell'interpretazione della volontà dei contraenti per raggiungere questo risultato? Non sarebbe stato sufficiente per ciò solo il richiamo al significato che abbiamo visto riconoscere al termine *vis* nella L.15,2? Mi sembra che la risposta a queste domande possa aiutare a comprendere il ragionamento che si segue nell'esprimere il responso. In particolare viene da pensare ad un altro responso tratto sempre dai *Digesta* di Alfeno Varo (D.18,6,12 [11]; su cui vd. *infra* pp. 291 sgg.) nel quale il

---

(78) Per un riesame approfondito del rapporto tra *legem dicere* e *pacisci* in base a Q.Muc. *l.sing.* ὅρων (D.50,17,73,4) vd. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 38-53.

(79) Cfr. M. KASER, *Periculum locatoris* cit., p. 171.

(80) Il VON LÜBTOW accentua la contrapposizione tra « *domesticus* » ed « *extraria* » rispetto al riconoscimento dei presupposti propri del concetto di *vis*; *Haftung* cit., p. 372.

giurista condiziona il riconoscimento del *praestare* del venditore dell'*insula*, andata distrutta per un incendio causato dalla negligenza di un suo *servus*, dall'individuazione di una mancata diligenza del venditore stesso nel custodire l'edificio. Tra le due soluzioni non c'è contrasto proprio perché a differenza di quest'ultima fattispecie, l'incendio della villa locata non pone un problema di imputazione della condotta del sottoposto al *dominus*, ma solo un problema di interpretazione dell'accaduto in base alle parole della *lex contractus*, ed in particolare se una volta propagatosi il fuoco acceso non casualmente dal *servus*, e incendiata la *villa*, ciò fosse o meno da porre a carico del colono (81).

Da questo punto di vista, il ricorso in negativo ad un termine-concetto come *casus* per descrivere l'*incendere* del *servus* è indubbiamente significativo. La parola *casus* è propria, infatti, del 'linguaggio' serviano (82), nei significati di cui la parola *týchē* si era caricata nella riflessione filosofica greca. Ciò è la prova che il giurista negasse al fatto la qualifica di fortuito ed esprimesse un giudizio riprovevole sul comportamento del servo.

Da altro punto di vista, poi, la riflessione giuridica sulla *vis*, prima di Servio, si era essenzialmente concentrata proprio sul significato della *vis* umana (Quint. Muc.: « *Vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur fecit...* »; D.50,17,73,2). Se si tengono in conto queste due precisazioni non sembrerà più

(81) Di « Garantieverpflichtung » parla il MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 190 (ma già il VON LÜBTOW, *Die Haftung* cit., p. 372); di « Haftung » relativa al *casus minor*, I. MOLNÁR, *Verantwortung* cit., p. 629; vd. altresì C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa* cit., p. 422; il CAPOGROSSI COLOGNESI accentua, invece, il profilo della responsabilità del *dominus* per « l'atto doloso del suo schiavo »; *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., p. 163.

(82) La incontriamo insieme a *natura* nella lettera del giurista a Cicerone riportata in Cic. *ad fam.*4,12. A riguardo già OTTO riteneva di doverla reinterpretare alla luce dei pareri giuridici dello stesso giurista: « casum ergo, id est, vim externam et periculum quod humano consilio praevideri, aut praevisum evitari non potest, et naturam, fati legibus, sed nobis ignotis, subiectam, in nobis dominari, ait Sulpicius »; *De vita studiis scriptis et honoribus Servii Sulpicii*, in *Thes.iuris romani* V, Trajecti ad Rhenum (1735), col.1564. Si vedano ora le considerazioni di A. SCHIAVONE, *Il caso e la natura. Un'indagine sul mondo di Servio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, Roma-Bari (1981), Laterza, pp. 41-78 (note pp. 354-364); [= *Giuristi e nobili* cit., pp. 147-152 (note pp. 230-231)]; e ora V. SCARANO USSANI, *Tra 'scientia' e 'ars'*, in *Ostraka* 2 (1994), pp. 211 sgg. in particolare p. 223.

tanto strana la ragione del perché Alfeno senta l'esigenza di ribadire che l'*incendere* del *servus* propagatosi non fortuitamente alla villa non dovesse rientrare nella *vis*, e del perché alla motivazione logico-concettuale, si accompagni il rilievo della coerenza di una tale interpretazione con la *voluntas* delle parti, che viene ad accentuare, come già detto, il profilo del *pacisci* rispetto a quello del *legem dicere*.

La *vis excepta* sarebbe, anche per le parti contraenti, solo quella *extraria*, venendosi a contrapporre un 'àmbito *domesticus*' ad un 'àmbito esterno' nella provenienza dell'incendio: tutto ciò che, proveniente dal primo, tanto più se non accidentale, deteriori la cosa da restituire, condizionerà il riconoscimento del *praestare* del colono (83). In sostanza, l'impegno di restituire la *villa incorrupta* salvo la *vis* e la *vetustas* viene interpretato come un'obbligazione contenente un *praestare* per tutte le *corruptiones* che, non dovute a cause qualificabili come forze esterne e irresistibili o come dovute alla 'vetustà' della *villa*, provengono dall'àmbito della *domus* colonica. Questa, come '*oîkos*' produttivo sotto la guida del *colonus*, di cui fanno parte anche gli schiavi (84), viene a fornire il criterio per il riconoscimento del *praestare* del conduttore, più dell'indagine di una sua concreta colpa. Anche qui si è di fronte ad una 'tipizzazione' dei pericoli che si considerano immanenti all'attività e alla funzione economico-sociale che ci si impegna a svolgere concludendo il contratto, e che permette di risolvere anche questioni relative a specifiche pattuizioni concluse tra le parti.

D. *Il* praestare *del conduttore nella locazione marittima.*

a) I « pericoli » del mare: *naufragium*, *vis piratarum*, *iactus mercium*.

I pericoli della navigazione per mare sono particolarmente vasti. Da un punto di vista economico l'eventualità più disastrosa

(83) Di « eigene Sphäre » parla KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 365. Il CANNATA opportunamente rileva come l'*aliquis domesticus* possa comprendere non solo gli schiavi, ma « tutte le persone di casa »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10 n.189.

(84) Cfr. per questo significato di *domus* R. SALLER, *Familia, domus and the Roman conception of the family*, in *Phoenix* 38 (1984), pp. 336 sgg.; ID., *La schia-*

è il *naufragium* (85), in cui vanno perse insieme la nave e le merci in essa trasportate.

È rispetto a questa eventualità che nel diritto di alcune civiltà mediterranee assume rilevanza il *iactus mercium*, in cui parte del carico viene gettato intenzionalmente a mare durante una tempesta per alleggerire e cercare di salvare la nave, e che per la stessa ragione questa eventualità nel diritto romano non perfeziona la fattispecie aquiliana. Il danno dato perde la sua qualifica di *iniuria* proprio in quanto il *iactus* delle merci altrui mira a salvare la nave nel suo insieme (86).

Più difficile è invece cogliere i motivi dell'esclusione di una tutela *ex locato* di un simile danno, in quanto in astratto esso potrebbe considerarsi a carico del vettore marittimo.

Rimandando alle considerazioni che si faranno su D.14,2,2 pr. in tema di *iactus mercium*, può fin da ora rilevarsi che se la

---

vitù e la famiglia romana, in *La schiavitù nel mondo antico* a cura di M.I. Finley (1990), in particolare pp. 98-99.

(85) Vd. E. Weiss, *Naufragium*, in PWRE.XVI,2 (1935), col. 1898-1899; V. Scialoja, *Naufragio*, in NNDI. VIII (1939), pp. 865 sgg.; C.M. Moschetti, *Naufragio (storia)* in ED.XXVII (1977), pp. 547 sgg.; A.D. Manfredini, *Les naviculaires et le naufrage*, in RIDA.33 (1986), pp. 135 sgg..

(86) A riguardo E. Negri di Lamporo, *De lege Rhodia de iactu (Dig.14,2)*, in AG.27 (1881), pp. 329 sgg. e in particolare pp. 345-353 (dove un richiamo alla bibliografia precedente); F. De Martino, *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, in RDN.3 (1938), [estratto] pp. 55 sgg., il quale però ritiene, coerentemente alla sua valutazione critica di tutta la disciplina rodia, che l'esclusione della tutela aquiliana sia dovuta al fatto che « qui vi era già un mezzo di tutela giuridica, che garantiva il caricatore, cioè l'*actio ex locato*, sorgente dal contratto di trasporto, non pure in virtù di clausole convenzionali o presunte, ma in virtù della concezione romana della resp. oggettiva »; p. 60. A prescindere dalla insostenibilità della natura completamente insiticia della disposizione rodia, credo che l'esclusione della tutela aquiliana non possa individuarsi nell'esistenza di una tutela *locati*: *A*) in quanto la concorrenza fra le due azioni non sembra porre particolari problemi; *B*) il *iactus*, strettamente connesso all'eventualità del *naufragium*, non era tutelato, quantomeno già nel I sec. a.C., con l'*actio locati*, proprio perché in quest'epoca si fa sentire l'esigenza di ripartire tale *damnum* tra i più *vectores*; vd. prossimo §. Di recente Honsell, volendo spiegare la logica del *iactus mercium*, ha in modo convincente espresso l'opinione che la « contribuzione » troverebbe la sua giustificazione non solo in una « Gefahrengemeinschaft » fra i proprietari delle merci, ma anche in un « Aufopferungsgedanken »; *Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der lex Rhodia de iactu*, in *Ars boni et aequi* cit., pp. 141 sgg., in particolare p. 142.

normativa rodia, propria dell'età di massima espansione della *pólis* greca (87), rappresenta un parametro che i giuristi romani potevano tenere in conto, essa è comunque una normativa estranea al *ius civile* romano. Dal momento però in cui, anche nel trasporto marittimo realizzato ricorrendo al contratto consensuale di locazione, è testimoniato il tentativo di distribuire il danno derivante dal *iactus* tra tutti i caricatori, si deve escludere che fosse possibile condannare il conduttore delle merci con l'*actio* contrat-

---

(87) L'esistenza della *lex Rhodia*, legge ellenistica in tema di pericoli della navigazione e pesi fiscali, in origine forse solo un complesso di usi marittimi rodi (cfr. F. Wieacker, *Iactus in tributum nava salva venit (D.14,2,4 pr.). Exegesen zur Lex Rhodia de iactu*, in *St. Albertario* [1953] I, p. 515) viene difesa dalla più recente letteratura (critico invece F. De Martino, *Lex Rhodia* cit.), e di solito si ritiene risalga al III-II sec. a.C., periodo della « Rhodian Thalassocracy » (cfr. W.W. Tarn-G.T. Griffith, *Hellenistic Civilization*, London [1952 3], Arnold, pp. 74 sgg.). Questa età tra l'altro è quella in cui si conclude il trattato con Roma del 201 a.C. (Livio XXXI,15); cfr. K.M.T. Atkinson, *Rome and the Rhodian Sea Law*, in *Iura* 25 (1974), pp. 46 sgg.; vd d'altronde H. Kreller, *Lex Rhodia.Untersuchungen zur Quellegeschichte des römischen Seerechts*, in ZHR.85 (1921), pp. 258 sgg; A. Lefebvre d'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'ordinanza marittima del 1681*, in RDN.1 (1935), pp. 36-62. Cfr. sui diversi aspetti del contenuto di questa legge G. Purpura, *Relitti di navi e diritti del fisco. Una congettura sulla lex Rhodia*, in AUPA.36 (1976), pp. 69 sgg.; Id., *Il regolamento doganale di Cauno e la 'lex Rhodia' in D.14,2,9*, in AUPA.38 (1985), pp. 273 sgg.; A.D. Manfredini, *Il naufragio Eudemone*, in SDHI.49 (1983), pp. 375 sgg.. D'altronde se ad Augusto risale il primo richiamo formale alla *lex Rhodia* al fine di risolvere questioni giuridiche (Maecian. *ex lege Rhodia* D.14,2,9), Cicerone la cita nella sua opera retorica giovanile (*de inv*.II,32,98) — ~~da poco tornato da Rodi~~ — entro il *tópos* retorico della *necessitudo*, con riferimento ad una norma in tema di confisca delle navi da guerra straniere approdate nei porti rodiensi ('*rostrata navis in portu deprehensa est*'). Tale legge nel corso dell'età imperiale assumerà sempre più il ruolo di vero e proprio *nómos tḕs thálassēs*, fino al bizantino *nómos nautikós* (cfr. W. Ashburner, *ΝΟΜΟΣ ΡΟΔΙΩΝ ΝΑΥΤΙΚΟΣ. The Rhodian Sea-Law*, Aalen (1976), Scientia (rist. anast. ed. Oxford 1909), pp. XIII-CCXCIII (introduzione); pp. 1-56 (testo); pp. 57-125 (traduzione e commento), [= *Ius Graecoromanum* II, pp. 92 sgg.]) che rifletterebbe ancora una parte del contenuto dell'originario corpo di disposizioni rodie; cfr. K.M.T. Atkinson, *op. ult. cit.*, pp. 93 sgg. e p. 97 n. 184. Il problema si incentra allora sul rapporto tra disposizione rodia e diritto romano: rimandando a quanto si dirà in tema di responso serviano sul *iactus mercium*, ritengo difficile sostenere una recezione formale della legge nell'ordinamento giuridico romano anche se mediato dal patto del 201 a.C., il che d'altronde non significa assolutamente che nella sostanza la normativa rodia non abbia influenzato le soluzioni dei *prudentes* in materia, ma solo che se influenza v'è stata, essa è stata, per così dire, filtrata dall'interpretazione dell'*intentio* formulare dell'*actio* di buona fede.

tuale, sì da rendere appunto necessaria una diversa ripartizione del danno subìto dal singolo locatore. Di qui altresì la logica deduzione che se il perimento per il *iactus* della cosa trasportata non era a carico del conduttore, anche il perimento dovuto al naufragio non poteva essere di quest'ultimo. Infatti se l'esistenza solo di un *periculum naufragii* impediva di imputare a lui il perimento per il *iactus*, tanto più il *damnum naufragii* vero e proprio doveva necessariamente rimanere nella sfera del *dominus*. Ed in effetti, una affermazione di Seneca il retore sembrerebbe confermare questa impressione, quando egli qualifica come *necessitas* « *quae navigia iactu exonerat* » (*Controv*. IV,4) (88).

I pericoli a cui andava incontro chi decideva di intraprendere attività commerciali che prevedessero il trasporto marittimo, d'altronde, non erano solo dovuti alla « forza » del mare, ma altresì agli attacchi dei pirati, che secondo la stessa terminologia giuridica erano a loro volta considerati delle *vis* (D.4,9,3,1 *in fine*). Che i « pericoli » derivanti da queste « forze » fossero a carico del *dominus* delle cose trasportate per mare è talmente naturale nella mentalità romana della fine della repubblica e di inizio principato, che la giurisprudenza, anche rispetto a chi si fosse impegnato alla restituzione in ogni caso delle merci, attraverso l'assunzione del *receptum*, viene a riconoscere una particolare *exceptio* per le ipotesi di *naufragium* e *vis piratarum* fondata sull'*aequitas*, che viene a mitigare in queste ipotesi il *teneri* assoluto del *nauta* (Labeone in D.4,9,3,1 *in fine*) (89).

A fronte di queste eventualità, vi è la necessità di commerciare per mare, necessità che condiziona sia le soluzioni giurisprudenziali che vedremo, sia quella pretoria del *receptum*, rappresentando la funzionalità economica il parametro di verifica ir-

(88) Su questa testimonianza vd. ad es. F. LANFRANCHI, *Il diritto dei retori romani*, Milano (1938), Giuffrè, pp. 170-171.

(89) A riguardo il MAGDELAIN accentua, giustamente, che Labeone avrebbe indicato tassativamente queste due cause di liberazione dall'« *omnimodo teneri* » di chi *receperit*; *Le consensualisme* cit., p. 146; sulle differenze tra il *teneri ex recepto* del *nauta* ed il *praestare* derivante dal contratto di locazione vd. ora R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 66 sgg.; pp. 89 sgg.; A. FÖLDI, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung ex recepto nautarum cauponum stabulariorum und der Haftung für custodia*, in RIDA.40 (1993), pp. 263 sgg.

rinunciabile per l'adattamento di una soluzione giuridica ai nuovi problemi che possono sorgere.

b) Il *iactus mercium* ed il tentativo di creare una solidarietà 'indiretta' tra i diversi locatori: il *portionem damni praestare*.

Un passo di Paolo, che ricorda una soluzione di Servio Sulpicio Rufo, attesta indirettamente che il *iactus* delle merci fosse a carico del proprietario delle cose trasportate e non del conduttore marittimo delle stesse.

Paul. 1.34 *ad ed.* (D.14,2,2 pr.)
Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent... (90).

Le precedenti considerazioni permettono ora di precisare i termini della *quaestio iuris*: è stata conclusa una locazione per il trasporto marittimo delle merci; durante il viaggio è stato effettuato il *iactus*. Bisogna distinguere, nelle soluzioni proposte, la posizione di Servio da quella di Paolo: per il giurista repubblicano i *domini* delle merci perse possono agire *ex locato* contro il *magister* della nave, affinché quest'ultimo trattenga le

(90) La critica si concentra di solito sulla seconda parte del passo, qui non riportata perché ininfluente sulla soluzione serviana; H. KRELLER, *Lex Rhodia* cit., in ZHR.85 (1921), p. 276; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei* cit., in AUPA.7 (1918), pp. 83-84; A. BERGER, *Iactus*, in PWRE.IX, col. 548; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* cit., p. 276; H.P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma* cit., p. 99; ed ora I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes* cit., pp. 131 sgg. Per una riconsiderazione delle più antiche lezioni proposte per la parte del frammento non riportata vd. E. NEGRI DI LAMPORO, *De lege Rhodia de iactu* cit., in AG.27 (1881), pp. 354-359; V. SCIALOJA, *A proposito del fr. 2 pr. De lege Rhodia 14,2. Notizia*, in AG.28 (1882), pp. 80-81 [= *Studi* I, pp. 106-107].

merci degli altri proprietari trasportate nella stessa nave (91) (forse attraverso una *exceptio ex iure tertii* in opposizione all'*actio locati* da questi esperita per la riconsegna del carico (92)), « *donec portionem damni praestent* », cioè fino a che questi non si facciano garanti di una porzione del danno.

Paolo riconosce, invece, un'azione diretta *ex locato* dei *domini* delle merci perse contro il *magister* della nave, il quale poi potrà agire *ex conducto* contro gli altri locatori per ottenere una condivisione proporzionale del detrimento (93). Il risultato sarebbe, nella sostanza, lo stesso, ma le vie per raggiungerlo sono molto diverse e sono un segno della distanza che intercorre tra il tentativo che si fa in età tardorepubblicana di raggiungere una *contributio* di tutti gli altri locatori, a fronte della ipotesi del *iactus mercium*, e la soluzione che da questo primo tentativo matura e che al tempo di Paolo si dà oramai come cosa consolidata.

Il passo rispecchia la motivazione serviana originale che persegue un *portionem damni praestare* ricorrendo alla *retentio* come strumento indiretto di pressione attuato dal *magister* della nave sulle cose salvate degli altri locatori (94). Attraverso la relazio-

(91) Lo ritengono un vero e proprio *ius retentionis* F. DE MARTINO, *Lex Rhodia* cit., p. 28 (anche se poi questo A. giudica non classica tutta la soluzione); M. MARRONE, *D.14,2,2 pr.: retentio e iudicia bonae fidei*, in *Iura* 6 (1955), pp. 170 sgg.; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Profilo storico*, Milano (1957), Giuffrè, p. 19, p. 25 n.28; ID., *L'origine della ritenzione*, in *Symb. Taubenschlag* (1957), II, pp. 217 sgg.; ID., *Ritenzione (Dir. rom.)*, in ED.XL (1989), pp. 1363 sgg. in particolare p. 1366; vd. anche A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationrecht*, Zürich (1979), Schulthess, p. 208; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 408 e n.148.

(92) F. WIEACKER, *Iactus* cit., p. 517.

(93) Nella Glossa accursiana viene superato il limite della necessaria « bilateralità » del rapporto di locazione, ammettendosi che il proprietario delle merci perite possa agire direttamente contro gli altri locatori; gl.« *agere potest* », L.*Si laborante*, ff. *Ad Leg. Rhodiam de iactu*; vengono così poste le basi del moderno regime delle avarie marittime; vd. un sintetico quadro storico in R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 410-412.

(94) Cfr. a riguardo M. MARRONE, *D.14,2,2 pr.* cit., pp. 172-173, che individua la causa del superamento della soluzione repubblicana nel fatto che « ai tempi di Paolo tale stato di diritto era da gran tempo superato: la giurisprudenza aveva già ammesso la compensazione tra i crediti dell'attore e quelli del convenuto, purché nascenti *ex eadem causa* » (p. 173); vd. altresì, H.P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma* cit., p. 100.

ne dei diversi rapporti di locazione e delle diverse azioni possiamo tentare di ricostruire meglio la logica del parere serviano: il locatore delle merci perse per il *iactus* agisce *ex locato* contro il *magister* della nave; in questo *iudicium* si riconoscerebbe un obbligo di quest'ultimo verso il locatore-attore, e un suo diritto verso gli altri locatori, di trattenere le merci giunte in porto, al fine di costringere indirettamente i secondi a contribuire proporzionalmente al danno subito dal primo per il *iactus* (95).

Tale strada è chiaramente condizionata dall'impossibilità di ottenere alcunché dal *conductor mercium vehendarum* e di raggiungere in via diretta la *contributio omnium* con un'azione intentata dal locatore delle merci perite nei confronti degli altri locatori, perché tra loro non vi è alcun rapporto giuridico. I limiti imposti dalla bilateralità degli effetti del contratto di locazione concluso impediscono, cioè, che alla naturale « comunione dei pericoli » che le merci dei diversi locatori corrono nel trasporto marittimo, si accompagni una diretta « comunione dei danni » che durante questo effettivamente si subiscono (96).

La regola, che in caso di *iactus* il danno fosse tutto a carico del proprietario, viene da Servio mitigata, in base ad una valutazione degli interessi e dei vantaggi riflessi nella funzione che il trasporto marittimo in comune realizza e che in questa ipotesi possono assumere rilevanza. In effetti proprio il fatto che il sacrificio di alcune merci abbia permesso che il resto del carico e la nave stessa si salvassero, viene ad assumere un significato fondamentale per l'elaborazione di un criterio più 'equo' di distribuzione di questo danno. E non è un caso che per ovviare alla regola altrimenti applicata, cioè quella della *res perit domino*, il complesso sistema di pretese e di obblighi, costruito per raggiun-

(95) Non è esatto allora considerare la *retentio* del *magister* un atto di « autotutela » come pensa il BENÖHR (*Das sog. Synallagma* cit., p. 100), in quanto essa diverrebbe, in base al rapporto con il locatore delle merci perite, un suo atto dovuto, che ha peraltro il suo fondamento nella pretesa di quello, in quanto il *magister* come tale non poteva pretendere alcunché dagli altri locatori agendo con l'azione *conducti*.

(96) Di « *Gefahrengemeinschaft* » e di « *Schadensgemeinschaft* » parla F. WIEACKER, *Iactus* cit., p. 530; cfr. altresì le considerazioni di H.P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma* cit., pp. 98-99.

gere la *contributio*, trovi la sua premessa proprio in un *iudicium bonae fidei*.

Che proprio questa fosse la ragione della soluzione di Servio, si deduce d'altronde dalla diversa conclusione a cui lo stesso giurista giunge in caso di perimento della cosa dovuto alla 'scorreria' dei predoni. In base, infatti, a D.14,2,2,3 (Paul. 34 *ad ed.*) per il giurista repubblicano, mentre il prezzo pagato per riottenere la nave ed il carico caduti nelle mani dei predoni sarebbe oggetto di *contributio* da parte di tutti i locatori, il perimento della singola cosa, che questi abbiano deciso di tenersi, è a carico soltanto del proprietario di essa, e perciò la contribuzione non si deve fare rispetto al prezzo da questo pagato per recuperare solo le sue merci (97). Elemento essenziale per rientrare nel regime della *contributio* è, quindi, la ragione del danno o del pagamento: solo quando questi sono necessari per la salvezza o il recupero della nave e delle altre merci in essa trasportate, il sacrificio patito da uno dei proprietari deve essere ripartito, in base alla buona fede, con coloro che di fatto ne hanno tratto vantaggio.

Da questo punto di vista la *lex Rhodia de iactu* (sia essa in questo periodo legge in senso formale della πόλις Rodi o uso marittimo), non sembra come tale avere avuto un peso nella formulazione del criterio elaborato da Servio, e quindi, sebbene potesse forse già risolvere il problema del *iactus* distribuendo fra tutti i caricatori il perimento occorso, non sembra per ciò solo rappresentare in alcun modo, oltre che un esempio di soluzione idonea alla prassi commerciale marittima, il fondamento del parere del giurista repubblicano (98).

(97) *Si navis a piratis redempta sit, Servius Ofilius Labeo omnes conferre debere aiunt: quod vero praedones abstulerint, eum perdere cuius fuerint, nec conferendum ei qui suas merces redemerit*; sul passo ora H. Honsell, *Ut omnium contributione sarciatur* cit., p. 148.

(98) Di contrario avviso il Reichard, per il quale il parere di Servio indica « das älteste Zeugnis für die mit dem Rubrum lex Rhodia verbundene große Haverei in den römischen Quellen »; *Die Frage des Drittschadensersatzes* cit., p. 138. Una tale applicazione, almeno ai tempi di Servio Sulpicio, è però contraddetta, come si è visto, dal complesso meccanismo di pretese ed eccezioni che il giurista costruisce per raggiungere un risultato di « Scadensgemeinschaft ». Lo stesso Reichard, d'altronde, riconosce che « Die Durchsetzung des Havereiausgleichs der geschädigten Befrachter durch den Schiffer mit der *actio conducti* resp. *locati* oder im Wege eines Retentionsrechts ist damit Ergebnis typisierter Auslegung des Seefrachtvertrages, wie sie die Vorklassik als Usance der entwickelten hellenistischen Handelsschiffahrt fertig vorfand » (p. 141). Proprio ammettendo questa « interpretazione tipizzata del contratto di trasporto marittimo », è difficile pensare che il giurista sia condizionato direttamente dagli usi ellenistici in materia, proprio perché se la sua interpretazione ha seguito una certa strada, questa è quella dettata dalla *fides bona* che è il fondamento delle obbligazioni del conduttore nei confronti del proprietario delle merci, e dei locatori nei confronti del conduttore. Il Reichard, poi, non tiene conto del fatto che lo stesso Ottaviano Augusto, il primo in base alle nostre fonti a richiamare esplicitamente la *lex Rhodia*, lo fa condizionando il rinvio al rispetto delle leggi romane (Mec. *ex lege Rhod.* D.14,2,9). Che nel passo si faccia riferimento ad Ottaviano prova in modo esauriente, contro la diversa ipotesi del Gotofredo, C. van Bynkershoek, *De Lege Rhodia de Jactu*, in *Opera Minora*, rist. anast. della 2° ed. Lugduni Batavicorum (1752), Amsterdam (1969), pp. 328 sgg. e in particolare p. 334. Sul passo con ampi richiami alla letteratura G. Purpura, *Il regolamento doganale di Cauno e la lex Rhodia in D.14,2,9*, in AUPA.38 (1985), pp. 302 sgg.

Con Paolo, invece, il panorama giuridico è cambiato, ed il giurista fa richiamo alla *lex Rhodia* per spiegare il fondamento della ridistribuzione del danno causato dal *iactus*, in un'epoca in cui da diversi secoli si ricorre a questa legge per regolare problemi relativi alla navigazione nei limiti in cui non sia in contrasto con le leggi romane (99).

c) Il naufragio della nave di Saufeio (D.19,2,31): i *duo genera rerum locatarum* come distinzione legata ad un problema di aggravamento del *praestare* del conduttore-trasportatore

Di naufragio parla un famoso passo tratto dai *Digesta* di Alfeno Varo, che in base alle considerazioni dei precedenti paragrafi, potrebbe assumere una nuova luce, e potrebbe portare a spiegare la famosa distinzione tra i *duo genera rerum locatarum* in modo nuovo:

Alf. 1.5 *dig. a Paul. epit.* (D.19,2,31)
In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti

(99) Cfr. per questa condizione ancora Antonino Pio in Maec. *ex Lege Rhodia* (D.14,2,9); su cui vd. A. Ruggiero, *L. Volusio Meciano tra giurisprudenza e burocrazia*, Napoli (1983), Jovene, pp. 37 sgg.

cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeratam, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret (100). *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset; sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simile re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum* (101).

(100) Tralascio nell'esegesi del passo la parte che tratta del deposito « irregolare » che in questa sede non interessa, rimandando sul punto a GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano (1976), Giuffrè, pp. 157 sgg.; dove discussione degli autori precedenti. Più di recente vd. A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Napoli (1991), Jovene, pp. 129-131.

(101) Sul passo, a fronte di una sterminata bibliografia, in modo più stringente al problema qui trattato C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in BIDR.18 (1906), pp. 121 sgg. in particolare pp. 137 sgg.; P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris (1929), Sirey, pp. 115-120; S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano. L'actio oneris aversi*, in RDN.2.1 (1936), pp. 268-280; G. BESELER, *Miszellen*, in ZSS. 45 (1925) R.A., p. 467; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR.49-50 (1947), pp. 110 sgg; E. DE SANTIS, *Interpretazione del fr.31, D.19,2*, in SDHI.12 (1946), pp. 89 sgg.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., pp. 100-102; A. BISCARDI, *Actio oneris aversi*, in NNDI. 1 (1957-58), p. 267; F.M. DE ROBERTIS, *D.19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in SDHI.31 (1965), pp. 92 sgg.; J.A.C. THOMAS, *Trasporto marittimo, locazione e actio oneris aversi*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I (1968), pp. 223-241; A. WILIŃSKI, *Actio oneris aversi*, in *Ksiega Przybylowski* (1964), pp. 451 sgg.; ID., *D.19,2,31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, in *Annales Univ. Mariae Curie-Sklodowska*, Sectio G.: *Ius*, 7 (1969), pp. 353 sgg.; M. KASER, Segn. in *ZSS.*79 (1962) R.A., p. 510 n.1; B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA.32 (1971), pp. 88-98; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der loc. cond. irregularis*, in ZSS.104 (1987) R.A., pp. 156 sgg. in particolare 191 sgg.; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., p. 75 n. 153 e 154; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 402 n.101.

Più persone (*complures*) hanno caricato del frumento, mischiandolo (102), nella nave di Saufeio (103); una parte del *frumentum*, presa *de communi*, viene riconsegnata in un porto; successivamente la nave naufraga (104). Il *quaesitum* proposto dai *ceteri*, verte sulla possibilità di *onus aversum agere* contro il *nauta*, ciascuno per la sua parte di frumento.

Prima di affrontare l'*iter* logico del lungo responso, centrato sui *duo genera rerum locatarum*, voglio soffermarmi sui diversi profili della controversia. Si possono, infatti, distinguere due piani del confronto processuale: uno, legato alla considerazione del

(102) Dal *confundere* e dal *de communi* il DE SANTIS deduce una tensione tra la *mutatio dominii* della soluzione giuridica e la premessa della *quaestio* centrata sulla comunione tra i vettori del *frumentum*; *Interpretazione* cit., pp. 92 sgg.; opportunamente il WILIŃSKY ha però notato che, senza ricorrere a posizioni critiche, l'uso del *confundere* e del *de communi*, che chiaramente riflettono una considerazione dell'operazione in termini di comunione, potrebbe ben imputarsi al *modus proponendi* della *quaestio* da parte dei *ceteri vectores*; *D.19,2,31* cit., p. 362 n. 38.

(103) Per la proprietà della nave a Saufeio, identificato solitamente con il cavaliere romano amico di Attico (cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., I, p. 332) non sembra sorgano particolari problemi; S. SOLAZZI, *L'actio oner. av.* cit., p. 278.

(104) O nel porto stesso o nella prosecuzione del viaggio verso altri porti. Nel primo senso ad es. E. DE SANTIS, *Interpretazione del fr.31* cit., p. 94. Il BENKE (*Eigentumserwerb* cit., p. 194 e n. 118) sottolinea che la forma sintattica *reddiderat de communi et navis perierat* depone per uno stretto concatenarsi temporale tra riconsegna e perimento.

contratto, che farebbe da sfondo al passo in esame e che vedrebbe contrapposti Saufeio e ciascuno dei *complures*, in relazione alla locazione conclusa per il trasporto e le reciproche *actiones ex locato conducto*; l'altro, di cui è data diretta testimonianza, che vede contrapposti i locatori ed il *nauta*, al quale viene contestata la riconsegna di *pars frumenti* ad uno di loro prima del perimento della nave, in quanto fattispecie configurabile come *onus avertere* (105).

Il parere di Servio, ricordato da Alfeno (106), è dato riguardo questa seconda questione, negando che la restituzione fatta sia un *onus avertere*, perché il frumento caricato, reso dalle modalità del caso di proprietà di Saufeio, cioè *res locata in credi-*

(105) Sulla portata della condotta in questione le poche fonti, non giuridiche, a nostra disposizione la collegano sempre al furto: Cic. *Verr.* 3,137 *teneo... furem manifesto avertentem rem frumentariam omnem*; Tertull. *adv.Marc.* 5,1 *si numquam furtivas merces vel illicitas in acatos tuas recipisti, si nullum omnino onus avertisti vel adulterasti*; in generale sui problemi posti da questa azione vd. S. Solazzi, *Appunti di diritto romano. L'actio oneris aversi* cit., pp. 268 sgg.; A. Biscardi, *Actio oneris aversi* cit., p. 267; A. Wiliński, *Actio oneris aversi* cit., pp. 451 sgg.

(106) La dottrina ha ritenuto che la paternità serviana della distinzione dei *duo genera rerum locatarum* possa essere proposta con una certa sicurezza, a differenza di altri pareri riportati nei *Digesta* di Alfeno Varo, in base alle seguenti considerazioni: *A*) conosciamo un *Saufeius* amico di Attico, quindi della generazione di Servio e non di Alfeno; *B*) il criterio sarebbe un superamento della visione più rigorosa del *notatus* Mucio (Pomp. 9 *ad Q.M.* D.34,2,34 pr.); *C*) il contesto socio-economico da cui proviene la *quaestio* è più consono al *respondere* del maestro, piuttosto che alla estrazione più popolare dei *litigatores* del responso alfeniano; cfr. ricorrendo in modo diverso a queste argomentazioni ad es. L. de Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano (1940), Giuffrè, p. 107; F.M. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano (1940), Giuffrè, p. 155; L. Amirante, *Ricerche* cit., p. 68; B. Albanese, *Per la storia del creditum* cit., p. 90; A. Schiavone, *Giuristi e nobili* cit., p. 126; M. Talamanca, *La tipicità* cit., p. 75. Il Bretone (*Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 206-207) ritiene di poter riconoscere sintatticamente la soppressione del richiamo esplicito a Servio nella proposizione reggente l'« *et ideo se improbare actiones oneris aversi* » (trad.: Perciò ⟨secondo Servio⟩ non è possibile ammettere l'esercizio dell'azione per la sottrazione del carico). Non probante, invece, per avvalorare la paternità serviana il ricorrere del *respondit*, visto che, come ricorda lo Schulz (in critica all'ipotesi del Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., pp. 161-165), nei manoscritti la parola siglata (R), veniva sciolta dagli amanuensi, probabilmente in modo non del tutto rigoroso; *Geschichte* cit., p. 255 n. 1.

tum ita, sarebbe stato giustamente riconsegnato dal *nauta* (*secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum*) (107).

Ad ogni modo, dice il giurista repubblicano, anche quando il *frumentum* fosse stato *signatum*, così da impedire l'effetto traslativo della consegna, il *locator*, rimasto *dominus* del frumento, avrebbe potuto pretendere la sua parte del carico riconsegnata sia attraverso una *vindicatio* contro l'*accipiens*, sia attraverso un'azione di furto contro il *nauta*, il che avrebbe reso nel primo caso *improbatum* e nel secondo *supervacuum* l'*onus aversum agere* (108).

La distanza nel modo di risolvere il caso tra responso repubblicano e commento di Paolo è resa evidente dal periodo finale, (*Sed si ita/ quam ceterorum*) dove, spostando la prospettiva che

(107) Sulla nozione del *credere* che se ne può dedurre vd. B. Albanese, *Per la storia del creditum* cit., pp. 95-98.

(108) Uno dei problemi discussi è proprio il rapporto tra *actio furti* e *actio oneris aversi* essendosi da tempo configurata la sostanziale somiglianza tra il furto e l'*onus avertere*; vd. ad es. già la gl.« *oneris aversi* », L. *in nave*, ff. *loc. cond.*; Cuiacius, *Observationes* VII,39, in *Opera* III col. 192. Il Solazzi (*L'actio oneris aversi* cit., pp. 279-280), criticando la precedente soluzione dell'Huvelin (*Études de droit comm.* cit., pp. 118-119) diretta a provare l'essenza reipersecutoria e contrattuale dell'*a.o.a.*, analoga all'*actio locati* ed in questa successivamente assorbita, afferma che :« Il furto delle cose caricate sulla nave è *onus avertere*; quindi il nome *oneris aversi* rispecchia il preciso contenuto dell'*a. furti adversus nautas*. » (p. 280); il de Santis (*Interpretazione* cit., pp. 95-97) opta per la peculiarità dell'*a.o.a.* rispetto all'*actio furti* riconoscendone comunque la natura penale, ragione proprio della sua superfluità « appunto perché anche questa di natura penale » (p. 97). Il Thomas riprendendo in parte la tesi dello Huvelin, la ritiene « un'azione reipersecutoria, la cui esistenza, al pari di quella delle *actiones furti et damni adv. nautas*, dimostra la consapevolezza romana delle imperfezioni del diritto della navigazione nel periodo dello svolgimento della *l.c.* per il trasporto marittimo » (*Trasporto marittimo* cit., p. 231). A mio avviso proprio l'uso dei due aggettivi « *improbatum* » e « *supervacuum* » a seconda della rispettiva relazione tra questa azione con la *rei vindicatio* contro il caricatore a cui è stata consegnata *pars oneris*, e con l'*actio furti* contro il *nauta*, avvalora la tesi della natura penale dell'*onus avertere*. In sostanza la 'disapprovazione' con cui si giudica l'eventuale intenzione di agire per l'*onus aversum* con l'azione specifica contro il locatore che ha ricevuto il nostro frumento è data proprio dal fatto che questa azione ha natura penale e come tale 'eccessiva' e non approvata se si è in possesso di un diverso mezzo di tutela, come la *vindicatio frumenti*, con cui possiamo comunque soddisfare il nostro interesse di proprietari. Nella seconda ipotesi, poi, proprio la medesima natura dell'*actio oneris aversi* e dell'azione di furto contro il *nauta* condiziona l'« inutilità » della prima. Cfr. alcuni interessanti spunti negli interventi di M. Bretone e M. Talamanca al Convegno di Copanello (1990); *Illecito e pena privata* cit., pp. 303-306 e pp. 307-310.

fino a questo punto ha caratterizzato il discorso del giurista repubblicano (possibilità di *onus aversum agere*), quasi a volere controbattere un ragionamento ed un argomento che non ci sono giunti nel tenore attuale del passo, si sente la necessità di reinterpretare la soluzione repubblicana entro i binari esclusivi della responsabilità contrattuale del conduttore, affermando che anche nell'ipotesi della *res locata in creditum ita* (« *si ita datum esset, ut in 'simile' re solvi posset* ») (109), costui debba comunque rispondere limitatamente alla propria colpa, e ciò in base alla logica dell'*utilitas contrahentium* (*utriusque causa contrahere*). Si precisa, quindi, che l'aver riconsegnato *pars frumenti* non è automaticamente configurabile come una condotta colposa, in quanto sarebbe in ogni caso necessario cominciare la riconsegna da qualcuno, sebbene ciò possa di fatto determinare una *melior condicio* del primo *accipiens* rispetto agli altri locatori (110). In questo modo però si forza sia l'originario contesto dell'opera repubblicana da cui il responso è tratto (111), sia la ragione che aveva portato, secondo l'interpretazione qui proposta, alla distinzione sui *duo genera rerum locatarum*.

È possibile cercare di dedurre dagli elementi tramandatici da D.19,2,31 e dai precedenti paragrafi alcune considerazioni sull'esito dell'eventuale *iudicium locati-conducti* tra *complures* e Saufeio nell'età repubblicana? Si è detto che la pretesa dei locatori attraverso un'azione diversa dall'azione di locazione sembrerebbe attestare l'impossibilità di ottenere alcunché con quest'ultima azione (112). Tale conclusione, nell'ipotesi delle *res locatae in creditum itae*, in stridente contrasto con il principio del *ius civile* relativo alla restituzione delle *res creditae*, andrebbe allora spiegata attraverso un intervento particolare del pretore, mirante a li-

(109) Vd. esattamente C. van Bynkershoek, *Observationes Juri Civili* cit., L.VIII, c.VIII, in *Opera Omnia* cit., II, p. 465.

(110) Non vedo la necessità di considerare quaesto mutamento di prospettiva giustinianeo; di contrario avviso D. Nörr, *Die Entwicklung* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., p. 102.

(111) Il quinto l. dei *dig.* di Alfeno, in base anche agli altri due fr. aventi la stessa *inscriptio*, trattava probabilmente del *furtum*; O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., I, col. 52 '*de furtis et onere averso*'.

(112) F.M. de Robertis, *D.19,2,31* cit., p. 104.

mitare la 'responsabilità' del conduttore che altrimenti sarebbe stata in questo caso assoluta (113).

In base, però, alle considerazioni fatte nei precedenti paragrafi, è possibile tentare un'altra spiegazione. Immaginando un ipotetico giudizio di locazione, in rapporto ad un contratto locativo dal quale non sarebbero scaturiti effetti traslativi, cioè rispetto ad una *res locata* che rimane nel *dominium* del locatore, la regola serviana del *vim sentit dominus* avrebbe portato ad un non-*praestare* del trasportatore delle merci (114). Il naufragio avrebbe in sostanza impedito la realizzazione della funzione contrattuale, non potendo spostarsi sull'altro contraente in alcun modo il danno che la parte ha patito in quanto proprietario.

Nel caso esaminato da D.19,2,31, però, la *traslatio dominii* del frumento avrebbe modificato questo regime, ponendo a carico del patrimonio del conduttore anche il perimento delle merci dovuto a naufragio. In sostanza, nel caso in cui la *res locata* sia *in creditum ita* il conduttore non è più obbligato a trasportare da un luogo ad un altro cose altrui, ma è obbligato a consegnare al locatore nel porto d'arrivo il *tantundem*. Una tale modificazione del contenuto della sua obbligazione avrebbe così permesso di riconoscere un suo *stare praes* anche rispetto all'ipotesi del naufragio, e ciò in accordo a quella che abbiamo chiamato la logica del *praestare* del debitore-proprietario.

Il dubbio rimane solo sull'entità patrimoniale delle conseguenze del riconoscimento di un *praestare* del conduttore-*dominus* del frumento perito. A riguardo le possibilità sono tre: il valore della mercede; il valore di acquisto delle merci (danno emer-

(113) Il de Robertis non ritiene che l'esclusione della 'responsabilità' possa essere frutto della *interpretatio prudentium* in quanto il Pretore era « [al]l'unica autorità in quell'epoca che, potendo introdurre deroghe al sistema del *ius civile*, poteva anche sottrarre il *nauta* alla illimitata responsabilità che sarebbe dovuta discendere dalla automatica applicazione dei principi regolanti la prestazione di cose individuate nel *genus* »; *D.19,2,31* cit., p. 105.

(114) Non deve fuorviare a riguardo l'*excusatio* formulata da Labeone rispetto al naufragio (D.4,9,3,1), la quale è formulata in relazione all'*omnimodo teneri* derivante dall'assunzione del *receptum* e non dal rapporto locativo; sulle differenze tra i due regimi vd. ora F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 883-884; da ultimo R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 66 sgg. e 89 sgg.

gente); il valore di rivendita delle merci nel mercato a cui erano destinate (lucro cessante).

Sia la prima ipotesi che la terza contrastano a mio avviso con la natura dell'obbligazione del conduttore una volta che il frumento si considera *in creditum*. Nel primo caso, infatti, non avendo la *vectura* pattuita un valore corrispondente al frumento trasportato, in quanto corrispettivo del trasporto, la sua restituzione o la sua remissione non avrebbero un'efficacia satisfattiva rispetto alla restituzione del *tantundem*. Nel terzo, invece, verrebbe a fissarsi giudizialmente un onere di interessi al valore del *creditum* difficilmente giustificabile, tanto più che in questo modo viene a porsi a carico del conduttore-*dominus* ciò che rappresenta il vantaggio patrimoniale che il locatore si riprometteva dall'operazione economica, cosa che non sarebbe tollerabile alla luce della buona fede una volta che si ricorra ad una locazione 'irregolare', attraverso la quale il locatore si garantisce in modo ampio rispetto ai pericoli del trasporto per mare. A riguardo va poi detto che il tentativo di agire contro il *nauta* con l'azione « di sottrazione del carico », conferma l'impressione che la condanna fosse limitata al danno emergente più che al lucro cessante. I *complures*, in sostanza, convinti di una *aversio* dolosa del carico prima del naufragio (celata dietro la riconsegna di una *pars frumenti* ad uno di loro), vogliono impedire al conduttore fraudolento di servirsi della regola applicata nella locazione marittima 'irregolare' in caso di naufragio (condanna al valore d'acquisto delle merci trasportate), al fine di godere dei vantaggi di quella operazione economica, senza aver rischiato originariamente il capitale.

Questa ipotesi interpretativa potrebbe chiarire la ragione sottintesa alla famosa distinzione tra i due generi di « cose locate », venendosi altresì a confermare per Servio Sulpicio Rufo una delimitazione del *praestare* nelle obbligazioni di buona fede normalmente alle ipotesi di *vis*, limite il cui superamento sarebbe però possibile quando il debitore inadempiente sia anche *dominus* delle *res* al momento del loro perimento, condizione, quella proprietaria, che può essere originaria (come nella L.15,2 D.19,2) o acquisita (L.31 D.19,2).

E. *Individuazione pattizia della condotta del conduttore che il locatore vuole vietare: le mule locate caricate oltre il limite (D.19.2.30.2).*

Alf. 1.3 *dig.a Paulo epitom.* (D.19.2.30.2)
Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.

Prima di affrontare l'esegesi del passo ritengo necessarie alcune considerazioni preliminari. Innanzitutto, la testimonianza non parla di *praestare*, ma prende in esame il problema nella prospettiva dell'*actione teneri*. Da questo punto di vista, però, per quel che riguarda l'*actione locati teneri*, non vi è dubbio che, almeno nei responsi di Servio, esso si fondava esclusivamente sul previo riconoscimento di un *praestare* del conduttore (115). La prospettiva, per così dire *aktionrechtlich*, che qui emerge, è d'altronde frequente nei responsi in materia, e nel caso di specie potrebbe essere condizionata proprio dalla concorrenza con l'azione *ex lege Aquilia*, dove è assente la particolarità propria del 'rispondere' per inadempimento nel diritto romano, rappresentata come abbiamo visto dal riconoscimento del *praestare*. In sostanza la concorrenza tra le due azioni e il loro rapporto avrebbe condizionato l'analisi del giurista tutta centrata sull'*actione teneri*.

In secondo luogo bisogna soffermarsi un attimo sulla condotta del conduttore vietata esplicitamente nella *lex contractus* (116). Il caricare le mule non è, come tale, la condotta vieta-

(115) Per il tentativo di rompere il rapporto di causa-effetto tra *praestare* e *actione teneri* vd. il pross.capitolo su Labeone.

(116) La critica propone di espungere da [*sed lege*- fine] cioè la parte in cui il giurista indaga i diversi presupposti delle due azioni; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 250-252; J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in AUPA.12 (1926), p. 130. Per l'approfondimento proprio della parte criticata vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 135; D. BEHRENS, *Die vis maior* cit., p. 44; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., pp. 236-237; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 142; C.A. CANNATA, *Per lo studio della*

ta, ma è il caricarle più di quanto convenuto (117). Il locatore vuole evitare che gli animali si danneggino a causa di carichi eccessivi.

Nella prospettiva del conduttore, d'altronde, la *ruptio*, dato lo scopo per il quale questi animali vengono presi in locazione, avrebbe potuto considerarsi l'effetto di un vero e proprio vizio dell'animale che lo rendeva inidoneo all'uso per cui era stato locato (118). Quindi il *pactum ad certum pondus oneris*, se mira a garantire il locatore dai danni subìti per il carico eccessivo, e dalle eventuali contestazioni che l'accertamento dell'eccessività poteva sollevare in relazione alla particolare attività che la mula doveva svolgere, avrebbe però inciso sulla stessa entità della mercede.

Nel caso ricordato, la *ruptio* è avvenuta quando le mule stavano portando un carico per un peso maggiore da quello previsto dal patto. Il locatore chiede ad Alfeno un parere (119) non tanto per chiarire se la fattispecie in concreto rientri nella tutela contrattuale dell'*actio locati* (il che era evidente dal tenore del *pactum*), quanto per sapere se, essendosi di fronte ad un *rumpere*, oltre alla tutela contrattuale concorresse l'azione *ex lege Aquilia*,

responsabilità per colpa cit., p. 290; Id., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8; W. Hoffmann-Riem, *Die custodia-Haftung* cit., p. 399; S. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 191; G. MacCormack, *Culpa in eligendo*, in RIDA.18 (1971), pp. 534-535; A. Thomas, *Actiones ex locato-conducto and Aquilian Liability* cit., in AJ.1978, pp. 127-128; R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 340 sgg.; I. Molnár, *System der Verantwortung* cit., in BIDR.91-92 (1989-1990), pp. 595-596.

(117) Vd. A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar (1867), Böhlau, p. 81.

(118) Nei commenti dei giuristi severiani all'Editto degli Edili Curuli si fa rientrare nel « *sanum non esse* » delle mule: *a*) l'impossibilità di spostarle dal tiro di un carro ad un altro (*transiungere*): Ulp. 2 *ad. ed. Aedil. curul.* (D.21.1.38.8); *b*) la semplice tendenza a recedere (*cessum dare*); in tutti e due questi casi si riconosce la natura « *vitiosa* » degli animali; Paul. 1 *ad. ed. Aedil. curul.* (D.21.1.43 pr.); vd. ora qualcosa in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8.

(119) Si tratterebbe in questo caso di un responso chiesto prima di esperire una qualsiasi azione; sui tipi di responso vd. H. Krüger, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *St. Bonfante* II (1930), p. 326; vd. altresì sul responso in Alfeno F. Casavola, *Auditores Servii*, in *La critica del testo* I, p. 161 [= *Giuristi adrianei* cit., p. 139]; M. Bretone, *Tecniche e ideologie*[2] cit., p. 92 n. 3.

attraverso cui avrebbe forse potuto ottenere un duplice risarcimento (120).

Alfeno considera esperibile oltre all'*actio locati*, l'*actio legis Aquiliae* solo quando ricorrano certi presupposti nelle modalità che hanno portato alla *ruptio*. Presupposto comune delle due azioni sarebbe, in ogni caso, la *impositio maioris oneris*. Si è ritenuto, a riguardo, che la qualificazione in termini di *iniuria* della *ruptio mularum* dipenda in questo caso proprio dall'inadempimento della clausola contrattuale, e quindi, nella prospettiva aquiliana, un *iniuria rumpere* in conseguenza del « *breach of contract* » (121). Una tale interpretazione potrebbe però non risultare completamente soddisfacente se l'*onus imponere* fosse considerato, talvolta, di per sè un *damnum facere* rilevante per la *lex Aquilia*. In quest'ultima eventualità, infatti, il patto avrebbe assunto una diversa e più specifica funzione rispetto al riconoscimento della tutela extracontrattuale.

Un passo tratto dal l.18 *ad ed.* di Ulpiano (D.9,1,1,4; vd. altresì D.9,2,27,23), sembra confermare questa illazione, in quanto vi si ricorda come Servio Sulpicio Rufo, in tema di *actio de pau-*

(120) Per V. Arangio-Ruiz (*Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 135) le due azioni erano esperibili in via cumulativa; per il Thomas, invece, in via alternativa, attraverso la preclusione *in iure* di una delle due azioni, una volta che fosse stata già esperita l'altra; *Actiones ex Locato/ Conducto and Aquilian Liability* cit., pp. 127-128. D'altronde sulla cumulatività già lo sc. Ἐμίσθωσά τινι a ὁ μισθωσάμενος ἄλογον (Scheltema B.III, 5, p. 1195; Heimbach II, p. 356). A favore della cumulatività è la sostanziale equivalenza tra l'entità dei risarcimenti. Infatti, in base a quanto stabilisce la *lex Aquilia*, si può ottenere il maggior valore della cosa nei trenta giorni prossimi all'evento (III: ...*quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*; Ulp. l.18 *ad.ed.* D.9.2.27.5), il che non supera necessariamente il valore del *quod interest* dell'azione contrattuale; sul problema dell'entità della condanna aquiliana vd. ora G. Valditara, *Superamento dell'*aestimatio rei *nella valutazione del danno aquiliano* cit., in particolare sull'impostazione del problema pp. 1-14.

(121) A. Watson, *The Law of Obligations* cit., p. 237; per Schipani questa sarebbe « la circostanza più rilevante del fatto », anche se « non pare abbia sempre lo stesso valore »; *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 191. Il Cannata parla di « *culpa* contrattuale pura » cioè di « comportamento che deriva la sua qualifica di illecito unicamente dalla circostanza che vi è un contratto, il quale vieta specificamente ad un certo soggetto di porre in essere un certo comportamento »; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 311; ed ora di colpa come « violazione di un limite contrattuale »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8.

perie, riconoscesse la possibilità, per il passante investito dal carico eccessivo trasportato dalle mule, di agire *ex lege Aquilia* contro il *mulio*, se l'*onus* stesso fosse stato *plus quam iusto*, in quanto in questo caso egli sarebbe in colpa. Il *damnum* subito dal passante, che di per sè sarebbe stato tutelato con l'*actio de pauperie*, viene allora qualificato come *iniuria datum* per la particolare modalità dell'*impositio oneris* (122).

A differenza di questo caso, in quello ricordato da Alfeno la legittimazione attiva all'azione aquiliana troverebbe nel *maius* e non nel *plus quam iusto* la modalità della condotta che rende riprovevole il caricamento, che lo rende, cioè, 'ingiustificato'. La determinazione pattizia di un peso limite viene a sostituire, attraverso un preciso riferimento quantitativo, quello che in D.9,1,1,4 è il parametro del *iustum*. Esso diviene il criterio per qualificare l'*onus imponere* sia come *iniuria factum*, sia come in contrasto con la *fides bona*.

Alfeno, però, non riconoscerebbe, coerentemente al diverso impianto interpretativo (da un lato il « SI QUIS ALTERI DAMNUM FAXIT, QUOD... RUPERIT INIURIA » e d'altro lato il « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA »), un'identica rilevanza delle modalità comportamentali.

Per condannare il conduttore con l'azione *ex lege Aquilia* è necessario che questi abbia posto in essere una certa condotta (*agitare* (123)) che permetta di cogliere, come è stato detto, « un più diretto rapporto fra il comportamento causante e il danno stesso » (124). Si richiederebbe, cioè, un materiale contatto tra il *conductor* e le mule (*damnum corpore corpori datum*), al fine di poter porre a carico del primo il danno occorso.

Nel rapporto contrattuale, invece, posto il divieto dell'*impositio maioris oneris*, l'analisi della condotta non richiederebbe ulteriori indagini sulle sue modalità: la *ruptio mularum*, in quanto dovuta ad un carico eccessivo, è come tale imputabile al conduttore e porta alla sua condanna addirittura quando sia un'altra persona a caricare più del permesso le mule (*ex locato etiam si 'alius' eas rupisset*) (125).

A riguardo si deve accentuare proprio la valutazione operata dal giurista, la quale trova la sua chiara manifestazione nella possibilità di porre a carico del conduttore anche gli effetti della condotta del terzo. In dottrina si è cercato di interpretare questa *ratio* come espressione del criterio della *custodia* (126). Questa lettura risente, però, della falsa prospettiva di una certa parte della critica interpolazionistica, evidenziata già nella introduzione di questo contributo, che qualifica ogni 'responsabilità senza colpa' come espressione appunto del *custodiam praestare*.

(122) È chiaro che non bisogna confondere le due fattispecie: nella prima il danno che si vuole risarcire è un *damnum mulae* causato dal *maius onus* imposto dal soggetto che le conduce; nella seconda invece il danno è causato dalle *mulae* che, *plus iusto oneratae*, scaricano le cose trasportate addosso ad un passante. Però la possibilità di agire in quest'ultimo caso contro il *dominus mularum* è condizionata, in base alla mancanza negli animali del *sensus* (*pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*; D.9.1.1.3), dalla individuazione di una condotta ingiustificata del *mulio*, la quale sarebbe individuata per Servio nel *plus quam iusto onerare*.

(123) Nel senso di incitare, pungolare, spingere; cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 191. La tradizione contenuta nei Basilici (B.20.1.30.2) è meno precisa nel contrapporre i presupposti della legittimazione dell'*actio locati* rispetto all'*actio legis Aquiliae*; l'*agito*, che esprime la condotta del conduttore che può convenirsi con l'azione extracontrattuale, non trova riscontro nella versione bizantina, dove la vicinanza materiale del soggetto all'animale trova espressione in « ἀκολουθέω ». Lo Scolio « Ἐμίσθωσά τινι » a ὁ μισθωσάμενος ἄλογον, tratto dall'*Index* di Stefano (SCHELTEMA B III, Σ.5, p. 1195; HEIMBACH III, p. 356) mantiene una versione più aderente al testo latino.

(124) S. SCHIPANI, *op. ult. cit.*, p. 191.

(125) Esattamente R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 365; sbaglia, al contrario chi vuole a tutti i costi trovare una « colpa » del conduttore, che giustifichi come tale la sua condanna; vd. ad es. MOLNÁR, che parla di « fahrlässige Auswahl »; *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW. II 14 (1982), p. 632. Per il CANNATA, invece, la violazione del limite contrattuale sarebbe stata vista come una *culpa*; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., cap. II § 8. Questa interpretazione non tiene conto del fatto che: nell'ipotesi della responsabilità aquiliana, si preferisce alla *culpa* il ricorso ad un verbo idoneo ad esprimere la condotta che si rimprovera al conduttore (*agitare*), il che non permetterebbe una « identificazione » tra i due tipi di giudizio (così S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 194); nell'ipotesi dell'*actione locati teneri*, poi, si accentua, attraverso l'*alius*, proprio la possibilità che, al di là di una effettiva colpa del conduttore, questi debba comunque rispondere delle conseguenze del carico eccessivo.

(126) Cfr. ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 163; W. HOFFMANN-RIEM, *Die custodia-Haftung des Sachmieters* cit, pp. 394 sgg.; D. BEHRENS, *Die vis maior* cit., p. 44.

Più opportunamente, invece, si deve ritenere che per Alfeno Varo la clausola limitativa del carico dovesse essere interpretata come determinante una situazione di garanzia nella quale il conduttore si sarebbe accollato tutte le conseguenze derivanti dalla condotta vietata, seppure posta in essere da terzi, indipendentemente dall'esistenza di una sua colpa (127).

F. *Il* praestare *del* dominus *della* res locata/conducta *ed il* praestare *del* colonus *e del* conductor mercium vehendarum *come possibili ragioni di superamento della regola del* culpam praestare.

Pur con le diversità riflesse nei frammenti esaminati in tema di locazione conduzione, è possibile a mio avviso indicare alcune direttive che sembrano guidare Servio ed il suo allievo Alfeno nell'elaborazione dei contenuti e dei limiti del *praestare*.

Va detto innanzitutto che l'impressione che si ha, è quella di una concezione tesa alla 'responsabilizzazione' del proprio agire, ed in particolare di chi decide di svolgere contrattualmente certe attività o di mettere a disposizione di altri proprie cose allo scopo di percepirne vantaggi economici. Questo tipo di mentalità, sottintesa in tutti i responsi esaminati, porta il locatore del pascolo a *stare praes* del vizio del pascolo stesso, sebbene non ne sia a conoscenza, in quanto egli deve farsi garante della idoneità della cosa a svolgere la funzione per la quale egli l'ha locata (D.19,2,19,1). Il profilo soggettivo della *scientia* è solo un elemento ulteriore che incide sull'entità della condanna, ma non sul riconoscimento del *praestare* del locatore.

Così il colono, nella prospettiva dei limiti del *praestare* del locatore, decidendo di prendere in locazione un terreno altrui, con ciò solo si accolla tutti quei « pericoli » interni al processo

(127) Il Knütel parla di « die Auferlegung einer verschuldensunabhängigen Garantie », *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 365-366. D'altronde già per il de Sarlo la frase *ex locato/ recte agi* « indica che Servio Sulpicio Rufo e Alfeno Varo [...] coll'azione del contratto, il quale ha come parti il noleggiatore ed il *conductor*, tengono responsabile quest'ultimo pel fatto dei suoi uomini », rifiutando invece l'interpretazione in termini di *custodia*; *Alfeno Varo e suoi Digesta* cit., pp. 102-103.

produttivo della coltura agricola, in quanto contenuti implicitamente nell'attività (*colere*) da cui spera di trarre profitto attraverso il raggiungimento di un risultato (prodotto agricolo), frutto quest'ultimo della concorrenza di comportamenti umani e di fattori naturali (*vitia quae ex ipsa re oriuntur*; D.19,2,15,2), non suscettibili per questo di essere oggetto del *praestare* del *dominus fundi*.

Così il *conductor mercium vehendarum* troverà normalmente limitato il suo *stare praes* al *iactus mercium*, al naufragio e alla *vis piratarum* (D.14,2,2 pr.; D.19,2,31), circostanze queste estranee all'attività che ci si impegna a svolgere (*vehere*) e al vincolo che lo lega al locatore, perché spettanti esclusivamente al proprietario dei beni periti.

Questo tipo di interpretazione viene applicata anche quando si tratti di valutare l'inadempimento alla luce di una determinata *lex contractus*: così l'*incendere* non casuale del *servus* non può essere invocato dal colono come causa di liberazione dalla sua obbligazione di restituire la villa non deteriorata *praeter vim et vetustatem*, perché « pericolo » proprio della *domus* colonica — in senso di unità produttiva — e quindi evento di cui egli deve *stare praes* (D.19,2,30,4); così il conduttore di mule che si sia impegnato a non caricarle oltre un certo peso, per ciò solo si fa garante di ogni caricamento oltre tale limite, anche se posto in essere da terzi (D.19,2,30,2).

Questi criteri, che precisano i contenuti e i limiti del *praestare* in base alla attività che ci si impegna a svolgere contrattualmente nel proprio interesse, vengono ad offrire un modello del *praestare* che supera la regola del *culpam praestare*.

A questi diversi tipi di *praestare oportere* costruiti su figure specifiche di contraenti, come quelle del *colonus* e del *conductor mercium vehendarum*, delimitati comunque dalla *vis*, si affianca un modello di *stare praes* potenzialmente illimitato, quello del debitore-*dominus*. Così il locatore del fondo agricolo, che è obbligato a garantire il *frui*, vedrà limitata questa sua garanzia dai cattivi raccolti dovuti alla colpa del colono o alle eventualità rientranti nei « pericoli » tipici della produzione agricola (*vitia ex ipsa re*), dovendo al contrario *stare praes* anche quando l'adem-

pimento di questo *frui praestare* sia impedito da una *vis* (D.19,2,15,2). Qui la natura di « forza irresistibile ed esterna » della causa dell'inadempimento non esclude il riconoscimento di un suo *praestare*, ma incide soltanto sull'entità della condanna.

Così i locatori-proprietari delle merci trasportate per mare che corrono i « pericoli » del naufragio, della *vis piratarum* e del *iactus mercium*, in quanto ipotesi estranee al normale *praestare* del *conductor mercium vehendarum*, sono tenuti, nell'ipotesi di trasporto in comune con altri locatori, a *praestare* una porzione del danno subìto o delle spese sostenute da uno degli altri *domini*, se ciò abbia permesso di salvare o recuperare le loro merci (D.14,2,2 pr.; 2,3).

Così, forse, la stessa distinzione tra i *duo genera rerum locatarum*, formulata rispetto alla locazione marittima (D.19,2,31), potrebbe essere dovuta ad un tentativo serviano di elaborare un tipo contrattuale capace di aggravare il normale *praestare* del *conductor mercium vehendarum*, che, una volta divenuto *dominus* delle cose trasportate, avrebbe garantito al locatore anche il perimento dovuto a « forze irresistibili ed esterne ».

Gli impegni assunti in relazione ad intraprese di natura agricola e commerciale e il *dominium* sembrano permettere una estensione dei contenuti del *praestare* e l'elaborazione di soluzioni da parte di Servio Sulpicio Rufo e del suo allievo Alfeno Varo in materia di locazione, che rappresentano un modello idoneo a superare quello del più limitato *dolum et culpam praestare* che, invece, presente già in Q.Mucio, si consoliderà in età classica e che i giustinianei considereranno la *regula iuris antiqui* in materia (D.50,17,23).

2. *Il contenuto del* praestare *del venditore e l'attenuazione del* periculum emptoris *in base al* praestare *del* dominus *nei* Digesta *di Alfeno Varo.*

A. *Il* praestare *del venditore: la vendita a prova di buoi viziati e il ferimento del servo del compratore (D.9,2,52,3).*

Alf.l.2 *dig.* (D.9,2,52,3)

Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere.

Qualcuno vende dei buoi con la *lex contractus* di darli a prova. Successivamente li consegna al compratore per provarli. Il servo del compratore durante la prova viene incornato. La domanda, che tradisce l'insicurezza del richiedente (*num*) (128), vuole verificare se esista o meno un *praestare* del venditore riguardo al danno occorso. Il *responsum*, tratto dall'epitome anonima dei *Digesta* di Alfeno (129), distingue: se il compratore ha comprato i buoi allora il venditore non dovrà rispondere del ferimento; ma se non li ha comprati, allora bisogna indagare le modalità dell'accaduto. Quando il servo sia stato incornato per una sua condotta colposa si esclude nuovamente un *praestari debere* del venditore; diversamente invece se l'evento sia da collegare ad un *vitium bovis*.

La sequenza — descrizione del fatto, domanda e responso — mantiene uno stretto rapporto, senza che possano individuarsi mutamenti di prospettiva tali da giustificare ipotesi critiche (130).

(128) S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 185.

(129) Sugli elementi distintivi di questa epitome rispetto a quella paolina vd. F.V. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in ZgR.4 (1820), p. 406 n. 10; O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., I col. 37 n. I; C. FERRINI, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in BIDR.4 (1891), pp. 1-15; P. JÖRS, *Alfenus Varus*, in PWRE. I,1 (1894), coll. 1473-1474; F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., I. *Liberae rei publicae iurisconsulti*, pp. 289-292; L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta* cit., pp. 1-4; R. ORESTANO, *Alfeno Varo*, in NNDI. I, 1, pp. 477-478; F. SCHULZ, *Geschichte* cit., p. 255; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*² cit., pp. 89 sgg.

(130) La critica espunge invece il contenuto del *responsum* dal *si emptor* al *tum* in quanto la distinzione tra l'« *emptos habere* » e « *non habere* » non calzerebbe all'ipotesi della vendita a prova che nel diritto romano dell'età di Alfeno non condizionerebbe l'efficacia del negozio; cfr. F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., p. 363; ID., *Zur Klassizität des 'periculum emptoris'*, in ZSS.48 (1928) R.A., p. 345; J. KERR WYLIE, *Actio de pauperie D.lib.9 tit.1*, in *St. Riccobono* IV (1936), pp. 515-516; K. VISKY, *La responsabilité* cit., in RIDA 3 (1949), pp. 456-457 (ma ora cambiando parere ID., *Die Frage der Kausalität auf-*

Uno dei problemi che bisogna preliminarmente chiarire è l'individuazione dell'impianto interpretativo del giurista, e quindi l'azione che si ritiene di dover esercitare contro il venditore.

L'inserimento del lungo frammento di Alfeno, in cui è contenuto anche il passo in esame, nel tit. 9,2 '*ad legem Aquiliam*' ha portato una parte della dottrina a ritenere che qui si tratti dell'azione aquiliana (131). In sostanza, il giurista, nell'ipotesi dell'*emptos boves non habere*, avrebbe visto un'ipotesi di responsabilità aquiliana. In realtà però una tale interpretazione, come è stato notato, non è sostenibile, perché il danno subìto dal servo sarebbe stato arrecato dall'animale, ed il giurista non indagherebbe, quindi, eventuali condotte del venditore che possano giustificare il riconoscimento di una sua responsabilità rispetto al ferimento del servo altrui, ma al contrario l'indagine sulla colpa verrebbe fatta proprio rispetto al servo del compratore, il che eliminerebbe a priori la possibilità che qui la prospettiva del responso fosse quella del danno *iniuria* dato (132).

D'altra parte, data la provenienza del danno da un movimento dell'animale, si è pensato che qui ben si poteva agire *de pauperie*, e che nel caso in cui il compratore non avesse poi acquistato i buoi, il giurista avrebbe preso in esame proprio la possibilità di esercitare questa azione (133). Questa seconda ipotesi, seppure astrattamente possibile, e forse confermata dallo stesso *num*, non elimina il fatto che il parere venga chiesto solo in relazione all'azione contrattuale. Per questa delimitata prospettiva depone proprio la terminologia usata che parla di *praestare debere*, mentre nel tit. 9,1 del Digesto « *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* » non ricorre mai il *praestare* per indicare la soggezione del proprietario dell'animale, che ha arrecato danno, alla condanna dell'azione *de pauperie* (134).

Per comprendere, quindi, quale sia in questo caso l'impianto interpretativo del giurista, bisogna procedere esaminando proprio la prospettiva del *quaesitum*. La domanda, che accentua con il *num* l'insicurezza sulla pretesa del compratore nei confronti del venditore, ha ad oggetto la possibilità che rispetto al ferimento possa riconoscersi con l'*actio empti* un suo *praestare debere*. In sostanza, chi propone la *quaestio* vuole sapere dal giurista che speranze ha di far condannare la controparte con l'azione contrattuale. Il responso, coerente alla domanda, viene ad indicare i presupposti di quando ciò sia possibile (135). A riguardo bisogna precisare il significato del *boves emptos habere* e *non habere*. Di

grund des D.9,2 (ad legem Aquiliam), in RIDA 26 [1979], pp. 491-492). Per la genuinità A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., pp. 96-97; J.A.C. THOMAS, *Provisions for calling off a Sale*, in T.35 (1967), pp. 557 sgg.; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 185; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln/ Wien (1973), Böhlau, pp. 105 sg.; K. MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen Recht*, in ANRW.II 14 (1982), pp. 547-549; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., p. 392; A. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., pp. 517 sgg.

(131) A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht* cit., p. 60; W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in ZSS.49 (1929) R.A., p. 164 e n. 3; K. VISKY, *La responsabilité* cit., p. 456; M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I p. 504 n. 8; G. MACCORMACK, *Aquilian Culpa*, in *Daube Noster* (1974), p. 217; il CANNATA ritiene di dovere individuare una decisione sulla colpevolezza che « presuppone l'esame del comportamento concreto del soggetto, per stabilirne non solo le circostanze che conducono ad un giudizio di liceità (*iure, non iure*), ma altresì le circostanze e le modalità concrete, valutabili sulla base di criteri tratti *aliunde*, cioè... dal contenuto del contratto intercorso fra le parti »; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 309. Sulle ragioni dell'inserimento del fr. nel titolo 9,2 vd. ora A. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., pp. 521-522.

(132) Vd. esattamente S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 184-185 n. 26.

(133) Il KERR WYLIE, che per primo interpreta il passo rispetto a questa azione, ritiene che di fatto Alfeno indaghi qui il caso nella prospettiva dell'*actio empti*, ma si domanda se in astratto fosse possibile esperire quella *de pauperie*; *Actio de puperie* cit., p. 516; vd. altresì C. WOLLSCHLÄGER, *Eigenes Verschulden des Verletzen*, in ZSS.93 (1976) R.A., p. 130. Interpretano espressamente l'ipotesi dell'« *emptos non habere* » come ipotesi in cui si aveva l'esperibilità dell'azione *de pauperie*; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., p. 106 e n. 7; K. MISERA, *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548. Il MOLNÁR ritiene che il risarcimento nel caso di *vitium bovis* sarebbe fondato sul « Eigentumsverhältniss »; *System der Verantwortung* cit., in BIDR. 92-93 (1989-1990), p. 611.

(134) Al contrario in D.9,1,1,11 si parla espressamente di *sarcire* o di *noxam dedere* come oggetti dell'*oportere* conseguente alla *condemnatio*; accentua ora questo profilo A. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., pp. 518-522.

(135) In questo senso, anche se con diverse motivazioni, F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., p. 363; J. KERR WYLIE, *Actio de pauperie* cit., p. 515; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 96; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., pp. 184-185.

solito, collegando queste formulazioni con quelle contenute in un responso di Mela (D.19,5,20,1), dove si parla di *emptio contracta* ed *emptio futura*, si è ritenuto di dovere interpretare la fattispecie in termini di vendita condizionata (136). In sostanza con l'*emptos habere* (= *emptio perfecta*), l'assetto d'interessi sarebbe stato quello che con terminologia moderna chiamiamo una vendita sotto condizione risolutiva; con l'*emptos non habere* (= *emptio futura*) una vendita sotto condizione sospensiva (137). Nel primo caso la logica del parere riposerebbe sul *periculum emptoris*; nel secondo caso, invece, il venditore non potrebbe essere convenuto con l'azione contrattuale e quindi sarebbe necessario ipotizzare altre azioni (138).

In verità un tale modo di interpretare il passo, seppure idoneo a spiegare in parte il significato delle due formulazioni, riconosce poi al patto di gradimento nell'ipotesi esaminata da Alfeno Varo un'efficacia giuridica che potrebbe nascondere il nostro modo di considerare la vendita a prova. In particolare il problema mi sembra non esattamente compreso se si pensa che il giurista, distinguendo tra *boves emptos habere* e *non habere*, voglia distinguere tra l'esistenza o meno di un rapporto contrattuale di vendita tra le parti al momento del ferimento. Ciò che invece si indica è una distinzione all'interno di una comprensione unitaria dell'accordo di vendita; in particolare tra le ipotesi in cui con la *datio ad experiundos* il compratore abbia acquisito il « possesso » dei buoi, e quindi il venditore adempiuto alla sua obbligazione di *possessionem tradere*, oppure no. Al fine di chiarire questo dubbio si cercano indizi concludenti nella condotta dell'acquirente: se l'*emptor* trattiene ugualmente, dopo il ferimento del servo, gli animali, la *datio* a prova viene considerata come idoneo momento del passaggio del possesso dei buoi; quando, invece, l'acquirente restituisce i buoi, il venditore, con la *datio ad experiundos*, non ha adempiuto alla sua obbligazione di *possessionem tradere*, e quindi al momento del ferimento risulta ancora vincolato al compratore.

(136) A. BECHMANN, *Der Kauf* cit., II, pp. 236-238; e di recente F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., p. 106; K. MISERA, *Der Kauf auf Probe* cit., pp. 544-545.

(137) Già la gl. « *Quidam boves debere* » dice: « *cum enim venditor boves recipit omnia retro aguntur. si tamen vellet, posset, pro noxia dimittere* »; cfr. K. MISERA, *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548. Il WATSON ritiene di non potersi riconoscere con sicurezza alla clausola pattizia un valore di condizione risolutiva o sospensiva, e che ciò dipendeva sicuramente « on the wording and intention of the parties »; *The Law of obligations* cit., p. 96. Il VERNAY (*Servius et son École*, Paris (1909), Rousseau, pp. 216-217) ipotizzava nel caso dell'*emptos non habere* un rapporto di precario fino alla manifestazione dell'eventuale gradimento. Ma vd. le giuste critiche di H. PETERS, Rc., in ZSS.32 (1911) R.A., p. 470.

(138) F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., p. 106; K. MISERA, *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548.

In sostanza, con l'espressione *si emptor boves emptos haberet/ non haberet* non si dice « se il compratore avesse 'acquistato' i buoi/ se non avesse 'acquistato' i buoi », ma « se 'avesse' i buoi acquistati/ se non 'avesse' i buoi acquistati ». L'accento è tutto sul verbo *habere*, che ha qui il significato materiale di 'trattenere' i buoi e giuridico di 'possedere', come nell'espressione edittale *in bonis habere*. Si sarebbe, cioè, di fronte ad un accordo perfezionato per quanto riguarda la vendita, a cui si aggiunge un patto di gradimento inteso come un patto di risoluzione sospensivamente condizionato (vd. a riguardo Ulp.l.28 *ad Sab.* D.18,1,3; D.18,2,2 pr.; D.18,3,1) (139). Ciò avrebbe legittimato il 'compratore' in ogni caso ad agire contro il 'venditore' per il vizio dell'animale che abbia arrecato un danno al suo servo durante la prova, cioè quando la condizione sospensiva del patto risolutivo non si era ancora avverata. La particolarità del responso di Alfeno sta nel fatto che tale conclusione è accettata solo quando il 'compratore' restituisce gli animali al venditore, cioè non li trattiene per sé (*non habere*). Quando al contrario, i buoi rimangono presso l'acquirente (*si* ⟨*emptor*⟩ *haberet*), allora ci troveremmo di fronte ad un gradimento espresso con un comportamento concludente, il che sembra permettere ad Alfeno di riconoscere alla dazione in prova il ruolo di atto idoneo al passaggio del possesso, cioè, nella prospettiva dell'*oportere* del venditore, momento del *possessionem tradere*.

(139) Il MISERA in base a questo inciso parla di « einheitliche Ausgangssachverhalt »; *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548; il ROBAYE nota che: « la personne dont l'esclave a été blessé par l'animal reçu à l'essai est qualifiée d'acheteur et agit

Una tale interpretazione deve essere verificata proprio riguardo alle soluzioni proposte dal giurista. Rispetto al primo caso (« *si emptor haberet* »), più che una rilevanza del *dominium* dei buoi, data la loro natura di *res mancipi* (140), o l'applicazione della regola del *periculum emptoris* (141), si tratta della considerazione della *datio ad experiundos* come adempimento dell'obbligazione del venditore di *possessionem tradere*.

Rispetto al secondo (« *si emptor non... haberet* »), proprio l'interpretazione qui proposta permette di capire perché in questo caso, se vi sia stato un *vitium bovis*, si riconosce l'esistenza di un *praestare* del 'venditore'. Sebbene, infatti, la restituzione dei buoi rende efficace il patto risolutivo, condizionato appunto al *ius displicientiae*, ciò non coinvolgerebbe quanto è accaduto tra il perfezionamento dell'accordo (*Quidam boves 'vendidit'...*) e l'avveramento della condizione sospensiva del patto di risoluzione. In questo caso la *datio ad experiundos* non può essere più interpretata da Alfeno come momento del passaggio del 'possesso', dato l'avveramento della condizione, cioè appunto il mancato gradimento espresso con la restituzione dei buoi. Al giurista non rimane che accertare se quanto accaduto nel periodo limitato nel quale la vendita ha prodotto effetti (tra accordo e restituzione) non costituisca una infrazione della *fides bona* che informa l'obbligazione del venditore. In sostanza, per il giurista repubblicano, il fatto che il venditore-*dans* abbia consegnato per la prova dei buoi viziati, ad es. « soliti ad incornare » (*bos cornu petere solitus* D.9,1,1,4), è ragione sufficiente per riconoscere un suo *praestare debere* rispetto ai danni subìti dall'*accipiens*-'compratore' che potrà quindi agire con l'*actio empti* o con un'*actio in factum* su quella modellata (142).

Come per Servio in D.19,2,19,1, la *scientia* del vizio non assume di per sè rilevanza (143), ed anche in questo caso il *praestare* è una conseguenza dell'esistenza obiettiva del vizio che procura un danno al 'compratore' prima dell'avveramento della condizione sospensiva del patto di risoluzione della vendita. La *culpa hominis* verrebbe, in questo meccanismo, ad escludere che qui il danno sia dovuto ad un vizio dell'animale, in base al ragionamento che non si possono certo imputare all'animale errori d'inesperienza del servo scelto dal compratore per provare i buoi (144).

B. *Il* praestare *del venditore: la* culpa *del* pater familias *e l'incendio dell'*insula *venduta dovuto alla negligenza dei servi (D.18,6,12).*

Alf. l.2 *dig.* [D.18,6,12 (11)]

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit: quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

contre un 'vendeur', sans compter que la question posée est de savoir si la vente a ou non opéré transfert de propriété »; *L'obligation de garde* cit., p. 392. Il Martínez Sarrión parla ora di « venta... perfeccionada antes de la prueba »; *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 523.

(140) In realtà non tanto di « proprietà » quanto di *habere* si tratta, il che è proprio l'elemento essenziale della logica del parere data la natura di *res mancipi* delle cose vendute. Esattamente K. Misera, *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548.

(141) Così invece K. Misera, *Der Kauf auf Probe* cit., p. 548; A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 523.

(142) Di contrario avviso F. Haymann (*Textkritische Studien* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., p. 363), che ritiene il riconoscimento di una « Haftung » del venditore durante il periodo di prova in base al suo essere proprietario dei buoi; così K. Visky, *La responsabilité* cit., p. 457, il quale d'altronde accorda al *vitium bovis* un semplice significato di causa del danno. Di *periculum venditoris* parla anche A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 524.

(143) Cfr. le giuste osservazioni di G. Ries, Rc. a F.C. Fensham, *Liability in Case of Negligence in the Old Testament Covenant Code and Ancient Legal Traditions* (AJ.1976, pp. 283-294), in ZSS.99 (1982) R.A., p. 536.

(144) Che « *culpa* » sia qui genuino è affermazione già del W. Kunkel, *Exegetische Studien* cit., p. 164 n. 3; sul significato che gli si deve riconoscere vd. G. Branca, *La responsabilità per i danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei 'veteres'*, in *St.Albertario* I (1953), p. 350; S. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., pp. 185-186; C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 309.

La struttura del passo, tratto anch'esso dall'epitome anonima dei *Digesta* alfeniani, sembra riproporre in termini di scuola (*quid iuris sit?*) il *quaesitum* originariamente proposto al giurista (145). Quest'ultimo, d'altronde, doveva essere stato proposto una volta instaurato il *iudicium*, quando cioè si fossero già acquisiti degli elementi di fatto della causa, in base ai quali era stato possibile accertare che l'incendio era stato prodotto da una condotta riprovevole. Il responso (146) viene costruito su due precisazioni: una relativa alla fattispecie ed un'altra alla regola applicata. Con la prima si chiarisce che l'incendio, sebbene causato da un comportamento colposo, poteva non dipendere da una colpa del *pater familias*; con la seconda, che la negligenza dei servi non rientra automaticamente nella *culpa domini*. In base a queste considerazioni si ammette che il venditore possa provare di avere custodito l'*insula* come gli *homines frugi et diligentes*, e perciò solo non essere tenuto a *stare praes* dell'accaduto (147).

Il giurista precisa il contenuto della regola del *culpam praestare* del venditore in relazione al fatto del servo (148), in quanto la genericità del quesito, dando per scontata l'origine colposa dell'incendio, avrebbe potuto condurre ad una condanna del venditore, se si fosse applicata senza precisazioni la regola. Il giurista ritiene, invece, di dover separare nel giudizio sulla colpa la

(145) Di « domanda suggestiva » parla il VOCI, *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), p. 63.

(146) Il WATSON ritiene di poterlo considerare tramandato nel suo tenore originario, dato che questo è l'unico luogo dei *Digesta* alfeniani dove al « *respondit* » segue un discorso diretto; *The Law of Obligations* cit., p. 71.

(147) Opportunamente il KNÜTEL accentua la formulazione del « Beweisthema »: il venditore ha l'onere di provare la mancanza di una sua *culpa*, il che avviene in questo caso dimostrando di aver tenuto un comportamento conforme al modello degli « uomini onesti e diligenti »; *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 349-350.

(148) Su questo punto ora in senso conservativo A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., pp. 71-72; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 349; G. MACCORMACK, *Alfenus Varus and the Law of Risk*, in LQR.101 (1985), pp. 584-586; N. BENKE, *Eigentumserwerb* cit., in ZSS.104 (1987) R.A., p. 206 n. 157; F. MERCOGLIANO, « *Diligentia quam in suis* » *per i giuristi romani classici*, in *Index* 19 (1991), p. 385; P. VOCI, *Diligentia* cit., pp. 63-64. Ma già ad es. K. VISKY, *La responsabilité en droit romain* cit., in RIDA.3 (1949), p. 468.

condotta del servo da quella del *pater familias*. Egli, in questa variante, rimane legato alla *quaestio* (149), ma fa ricorso ad una regola diversa che mira a risolvere il problema dell'imputazione del fatto del servo al suo *dominus*. In questo giudizio la *culpa* di quest'ultimo può essere esclusa, sebbene il servo sia stato negligente, attraverso la prova dell'adeguatezza della propria sorveglianza sui servi impiegati nell'immobile al modello dell'uomo *diligens*. Servio/Alfeno utilizza un concetto di *culpa*, rispettoso del significato che il termine aveva assunto con Q.Mucio: la non conformità del comportamento a un modello astratto rappresentato dall'uomo *diligens* (150).

L'uso di « *ne... continuo* » (151), dimostra come proprio l'attrazione del comportamento negligente del servo nella *culpa domini* non fosse per il giurista una cosa scontata, e che la nuova regola applicata si inserisse forse in una discussione in corso, nella quale c'era chi, invece, propendeva per il riconoscimento di una colpa del proprietario per ogni negligenza dei servi (152). In questa prospettiva nessuna tensione di carattere logico-argomentativo si fa evidente nel responso: da un lato si offre una soluzione sul contenuto della colpa in conseguenza del tenore del *quaesitum*; d'altro lato si ricorre al parametro degli *homines frugi et diligentes* per facilitarne l'individuazione da parte del giudi-

(149) R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 350-351.

(150) La differenza tra *quaesitum* e *responsum* non riposa allora su un raccorciamento del passo (P. VOCI, *Diligentia* cit., p. 62-63) quanto su una distinzione che il secondo fa e che il primo, forse dolosamente, tace, forte del riconoscimento di un « *praestare* » del venditore per i perimenti colposi della cosa venduta.

(151) Su cui vd. R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 351 e n. 38.

(152) La « Gegenströmung » ipotizzata da KNÜTEL (*Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 366) potrebbe d'altronde collegarsi alle argomentazioni oratorie in materia. Il CANNATA, confrontando D.18,6,12 con D.19,2,30,4, parla di « esitazione » a costruire la responsabilità per il fatto dei dipendenti direttamente come responsabilità per fatto proprio; *Il problema della responsabilità* cit., cap. II § 10 e n.189. La differenza tra i due responsi potrebbe però spiegarsi in base alla differente prospettiva che li condiziona: in un caso (D.19,2,30,4), quella di vedere se l'incendio della villa locata, provocato non accidentalmente dal servo, potesse o meno ascriversi alla *vis* della *lex contractus*; nell'altro (D.18,6,12) quella se l'incendio dell'edificio venduto, dovuto alla negligenza dei servi, fosse come tale una *culpa* del *paterfamilias*.

ce privato, coerentemente al 'nuovo' giudizio sulla *culpa* introdotto da Q.Mucio (153).

Il ricorrere di *custodire*, poi, non deve condurre ad una lettura del responso in termini di *custodiam praestare* (154), perché qui il verbo ha il significato generico di *curare et operam dare* come in Alf.7 *dig.* (D.19,2,29) (155), e ciò coerentemente alla natura immobile della *res* perita.

Altresì non ritengo potersi dubitare della testimonianza in esame in base ad un presunto contrasto tra questo fr. e le L.13 e 15 dello stesso titolo, tratte dall'epitome paolina dei *Digesta* di Alfeno, rispetto a casi di perimento della cosa venduta, dove, però, la soluzione fa perno su una diversa *ratio* (156). Tra queste

(153) Conservano il richiamo agli *homines frugi et diligentes* già A. Pernice, *Labeo* cit., B, p. 330 e E. Vernay, *Servius et son École* cit., p. 276 n.1; critici sull'uso di *culpa* L. de Sarlo, *Alfeno Varo* cit., p. 135 e E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 238; Id., *Istituzioni* cit., II, 1, p. 398 n. 12; il Kaser invece ritiene insiticio il richiamo alla *diligentia* come contenuto della *culpa*; *Die actio furti des Verkäufers* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., p. 113 n. 96. Questa critica, però, trova una smentita nella stessa formulazione, nella quale, rispettando il latino tardo repubblicano, a *diligentes* si affianca *frugi*; *Th.L.L.* s.h.v.

(154) Sia che ciò porti a sostituire il criterio tecnico della *custodia* alla *culpa*: L. Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, II, cit., pp. 18 sgg.; E. Seckel, *Heumanns Handlexikon* cit., s.v. *custodia*; W. Kunkel, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., p. 281; B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festg. Gierke* (1910) II, p. 260 n. 2; sia che ciò porti a ritenere il passo corrotto nella parte che richiama la *diligentia in insula custodienda*; C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 119 sgg. n. 60 e 64; vd. altresì K. Visky, *La responsabilité* cit., in RIDA.3 (1949), p. 468; Id., *Bemerkungen zur Entwicklung des kontraktuellen Haftungssystems im antiken römischen Recht*, in *Acta Antiqua* (Budapest, 1972), p. 382.

(155) Cfr. C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 120 e 136 sg.; il Kaser parla di « Bewachungstätigkeit »; *Actio furti* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., p. 113 n. 96. Vd. ora M. Talamanca, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), p. 447 n.1492.

(156) Vd. invece nel senso criticato F. Haymann, *Textkritische Studien I.Über Haftung für custodia* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 345 sg.; Id., *II.Periculum est emptoris*, in ZSS.41 (1920), p. 119; M. Kostantinovitch, *Le periculum rei venditae en droit romain* cit., p. 253; P. Krückmann, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.60 (1940) R.A., pp. 15-18; il Betti, che sostiene la non classicità del pr. *periculum est emptoris*, salva una parte del passo considerando la soluzione del giurista conseguenza di una responsabilità pattizia per *custodia*; *Periculum* cit., p. 137. A parte va posta l'ipotesi del Sargenti (*Problemi della responsabilità contrattuale* cit., pp. 208-210), il quale non tenendo conto di un possibile *ius controversum*, nega al frammento ogni attendibilità per il diritto classico, in quanto sarebbe in netto

ipotesi ed il caso dell'*insula* incendiata per la negligenza dei *servi* intercorrono molte differenze, sia in relazione all'oggetto perito, sia in relazione alle modalità del perimento. Infatti in D.18,6,12 (11) il giurista non è chiamato a *respondere* sull'*incendium* dell'*insula empta* in quanto tale, ma su quello avvenuto *culpa*, il che lo porta, a differenza delle L.13 e 15, ad approfondire questo aspetto in relazione al *praestare* del venditore (157).

C. *Il* periculum venditoris *come espressione del* praestare *del* dominus: *la distruzione per ordine del magistrato dei* lecti empti *lasciati dal venditore sulla via pubblica*; *D.18,6,13 (12)-15 (14) pr.*

Paul. l.3 *Alf.epit.* [D.18,6,13 (12); 15 (14) pr.].
Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet./ Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.

I letti venduti e lasciati sulla via pubblica vengono distrutti per ordine dell'edile perché di intralcio al traffico cittadino. Il responso qualifica questo perimento come un *periculum*. Per sapere a chi debba porsi a carico questo « pericolo », Alfeno ritiene che si debba sapere se vi sia stata una *traditio*, oppure se il compratore sia in mora: in questi casi, infatti, sembra giusto che il « pericolo » venga posto a suo carico. Quando invece non vi sia stata consegna, oppure non via sia *mora accipiendi*, allora il « pericolo sarà del venditore ».

Il passo è portato come esempio per negare la classicità della regola *periculum est emptoris* (158), ma come è stato da tempo

contrasto con quanto dice Labeone in D.19,2,11,4 e Sabino e Proculo in *Coll.*12,7,9 e D.9,2,27,11.

(157) Il MacCormack afferma che « Alfenus did not advert to the question of allocation of risk and it would be unwise to construe his desicion as evidence of a preference for the rule *periculum est emptoris* »; *Alfenus Varus* cit., p. 586.

(158) Vd. ad es. C. Arnò, *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, in *Giurispr. Italiana* 49 (1897) 4, pp. 225 sgg.; F. Haymann, *II. Periculum est emptoris*, in ZSS.41 (1920) R.A., pp. 73-76; H.R. Hoetink, *Pericu-*

riconosciuto (159), è eccessivo voler dedurre da questo una regola generale contraria a quella, peraltro confermata nei capitoli precedenti, che riconosce la spettanza dei destini della cosa comprata all'*emptor* anche prima del conseguimento effettivo del possesso su di essa. La regola, semmai, potrà in questi responsi subire delle eccezioni in base alle particolarità del caso, esprimendo forse una controtendenza legata al singolo giurista (160).

Riguardo alla ragione del responso di Alfeno si oscilla di solito tra tre possibili spiegazioni: per una parte degli autori che se ne sono occupati, il parere troverebbe il suo fondamento nel riconoscimento di una condotta riprovevole del venditore (161); per un'altra parte si tratterebbe, in realtà, dell'applicazione del suo *custodiam praestare* (162); infine, per un'ultima parte, si tratterebbe di una regola legata alla sopportazione del 'rischio' nel senso moderno (163).

A riguardo vale la pena chiarire alcune cose: nel frammento

---

lum est emptoris, Haarlem (1928), Tjeenk Willink & Zoon, pp. 126-133; M. Konstantinovitch, *Le Periculum rei venditae* cit., pp. 160-184; E. Betti, *Periculum* cit., pp. 174-175; Id., *Istituzioni* II, cit., p. 411; M. Sargenti, *Problemi* cit., in SDHI.20 (1954), pp. 220 sgg.; Id., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti del Sem.giur.* (1987), I, p. 116 e n.71; Id., *Rischio contrattuale (dir.romano)*, in ED.LX (1989), pp. 1126-1127.

(159) Già esattamente E. Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., pp. 554 sgg.; H. Vogt, *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf*, in *Festschr. Koschaker* II (1939), p. 162.

(160) Di « trend » parla G. MacCormack, *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale* cit., in LQR.101 (1985), p. 575. Accentua ora la neccessità di valorizzare in materia di *periculum emptoris* il contributo dei singoli giuristi M. Talamanca, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), p. 451.

(161) Vd. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*² cit., II, p. 270; Th. Mayer-Maly, *Haftung aus Miete* cit., in ZSS.74 (1957) R.A., pp. 365-366; G. Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *St. Betti* III, p. 708; I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas Scritti Guarino* 5 (1984), p. 2254; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 289; P. Voci, *Diligentia* cit., pp. 129-130.

(162) Vd. ad es. E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., pp. 244-248; Ch. Appleton, *Les risques dans la vente et les fausses interprétations*, in RHD. 5 (1926), p. 411; seguiti ora da H.P. Benöhr, *Das sog.Synallagma* cit., p. 89; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 363 sg.

(163) Oltre agli autori citati sopra alle note 155 e 156 ora anche G. MacCormack, *Alfenus Varus* cit., pp. 583 sgg.; M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 452.

di Alfeno l'ordine dell'edile di distruggere i letti viene ricordato come tale, senza che venga posta, a differenza del fr.14 di Giuliano, che i compilatori inseriscono tra le due L.13 e 15, alcuna questione sulla sua legittimità. Il fatto che il giurista tardorepubblicano non abbia affrontato il problema potrebbe essere un segno che confermerebbe la legittimità dell'atto, peraltro ipotesi che può considerarsi come normale (164), o potrebbe far dedurre che questo fosse un « dato indifferente » ai fini del parere (165).

D'altro canto l'avere ingombrato la strada, contravvenendo alla normativa sulla viabilità pubblica, può, seppure solo indirettamente, aver condizionato la soluzione proposta dal giurista, e ciò nel senso di aggravare il *praestare* del venditore, derogando la normale regola del *periculum est emptoris* in assenza di una *culpa* di quello (166). Ed in effetti ciò spiegherebbe anche perché il frammento sia stato inserito da parte dei compilatori all'interno di un sistema della distribuzione del « pericolo » centrato sul principio dell'*emptio perfecta* (D.18,6,8 pr.; Paul l.33 *ad ed.*) (167).

Ciò non toglie che la *ratio* del responso non sia fondata sul *culpam praestare*, ma al contrario sia esplicita nel voler ricercare il *dominus* della cosa perita, e ciò attraverso l'individuazione dell'avvenuta o meno *traditio* dei letti.

La condotta del venditore verrebbe quindi a rappresentare soltanto un profilo 'indiretto' della fattispecie, sul quale verrebbe ad inserirsi un atto magistratuale al quale quello non poteva resistere. Questo spiegherebbe anche il ricorso al concetto di *periculum*, il quale, come abbiamo visto in Q.Mucio, si può caricare di un'area di significati che non trovano, a differenza del concetto moderno di 'rischio' in senso stretto, una delimitazione interna nel concetto di colpa, ma che esprimono comunque ogni tipo di

---

(164) G. Provera, *Sul problema del rischio* cit., p. 708 n.36; G. Thielmann, *Traditio und Gefahrübergang*, in ZSS.106 (1989) R.A., p. 308.

(165) M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 452 n.1552.

(166) Cfr. qualche spunto in questo senso in V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*² cit., II, p. 270; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 979; ed ora R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 289.

(167) Vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 975 sgg.

danno occorso, dovuto vuoi alla colpa del contraente, vuoi al furto, vuoi alla *vis* (168).

Ciò starebbe a dimostrare che nell'analisi che il giurista fa della fattispecie, il profilo della condotta del venditore non viene a giocare come *culpa* un ruolo preponderante rispetto all'ordine dell'edile. Se così fosse stato, infatti, non vi sarebbe stato bisogno di condizionare la sua condanna alla mancata *traditio*. Proprio questa verifica, invece, ci fa capire che, al di là della riprovevolezza della condotta del venditore e della legittimità dell'ordine dell'edile, il caso era visto come un'ipotesi di aggravamento della regola del *culpam praestare* del venditore. Il fatto che si venga in parte a mitigare il principio del *periculum est emptoris* sarebbe dovuto proprio alla scelta di aggravare la posizione del venditore, dati i presupposti del perimento. Per Alfeno, quindi, a seconda della fattispecie concreta, il conseguimento del possesso da parte del compratore (coincidente nelle *res nec mancipi* con la *translatio dominii*) può, talvolta, diventare l'ultimo momento per il trapasso del *periculum* (169).

Cercare, invece, di spiegare la ragione del responso in chiave diversa dal *periculum domini* come aggravamento del normale *praestare* del venditore, ipotizzando ad esempio una vendita di genere (170), o un contratto di fornitura (171), è in netto contrasto con la necessità di sapere a chi dei due contraenti debba porsi a carico il pericolo del perimento ed altresì con il tenore del fr. che parla esplicitamente di *lectos emptos*, cioè di letti già acquistati.

Riguardo, infine, a cosa significhi, dal punto di vista delle conseguenze processuali, che il pericolo sia del venditore o del

(168) Vd. qualcosa di analogo in VOGT, *Zur Gefahrtragung beim Slavenkauf* cit., in *Festschr. Koschaker* II, p. 164; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., p. 450 e n.1521; p. 452. Sull'ampio spettro semantico della parola vd. G. MACCORMACK, *Periculum* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 166 sgg. (conclusioni); ID., *Further on periculum*, in BIDR.82 (1979), pp. 34-36 (conclusioni).

(169) Così ad es. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.42 (1921) R.A., p. 552.

(170) Così già la gl. « *quod si* » e ad es. R. VON JHERING, *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract*, in *Gesammelte Aufsätze* I, p. 471.

(171) P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris* cit., pp. 65 sgg. e 71 sgg.

compratore, bisogna a mio avviso fare una distinzione: il responso parla in caso di *periculum emptoris* di *placet esse*, mentre in caso di *periculum venditoris* usa il futuro *erit*. Questo diverso uso dei tempi esprime, a mio avviso, una differenza sostanziale: nel primo caso la soluzione giuridica preferita non modifica la situazione di fatto già verificatasi con il perimento, il che significherebbe che il compratore, pur essendo perita la cosa comprata, deve comunque pagare il prezzo, e se già pagato non può agire contro il venditore per riottenerlo. Il « pericolo » in questo caso « è » del compratore, lo è di fatto e lo rimane anche da un punto di vista giuridico. Nel secondo caso, invece, in cui il « pericolo sarà del venditore », la soluzione esprime un *quid* di dinamico, uno spostamento del « pericolo » da chi lo sopporta normalmente (*periculum emptoris*) a chi viene posto a carico in questo caso particolare. Il compratore in questa seconda ipotesi può, cioè, agire contro il venditore e far riconoscere un suo *praestare* (172). Ciò, forse, potrebbe portare a ridimensionare l'interpretazione che tende a limitare al valore del prezzo il risarcimento dovuto dal venditore (173), il quale, invece, potrebbe anche essere condannato all'eventuale interesse positivo del compratore. La parola « pericolo » non contrasta questa diversa lettura, esprimendo soltanto la perdita oggettiva che si è già verificata, e che può solo trasferirsi o meno sul venditore in base all'aggravamento del suo *praestare* in quanto ancora proprietario delle cose perite.

D. *Il* periculum venditoris *come espressione del* praestare *del* dominus*: il perimento per furto della* materia empta*; D.18,6,15 (14),1.*

Paul. l.3 *epit.Alf.* [D.18,6,15 (14),1]
Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

(172) Diversamente invece H. BENÖHR, *Kaufrecht (Gefahrtragung). Exegese von Paul/ Iul. (3 Alf. epit.; 3 Urs.Fer. D.18,6,13-15 pr.)*, in *WEX 12. Römisches Recht* (Hrsg. F. STURM), Heidelberg-Karlsruhe (1977), Müller, pp. 50 sgg. in particolare p. 53.

(173) H. VOGT, *Zur Gefahrtragung* cit., pp. 163-164; G. THIELMANN, *Traditio* cit., p. 314, che però intende il *damnum* solo come « Schadenersatz » e non, più

Il passo, ritenuto come il precedente la prova che nel diritto classico si applicasse un principio contrario al *periculum est emptoris* (174), è di solito considerato, in base alla causa del perimento (*furtum*), la prova più antica di una « responsabilità per *custodia* » in senso tecnico (175). A questa interpretazione si è però obiettato, che nel passo non si parlerebbe di *custodia* ma solo di *periculum* (176), dovendosi allora chiarire anche in questo caso cosa con questo concetto si volesse esprimere.

D'altronde si è visto come per l'età precedente o contemporanea a Q.Mucio, vi fosse stato il riconoscimento di un *custodiam praestare* solo rispetto al comodato di cavalli e talvolta di schiavi e non in relazione all'eventualità del furto ma a quella della fuga; ciò potrebbe essere un indizio del fatto che qui Alfeno ricorra al concetto di *periculum* in base ad una scelta dogmatica consapevole, scelta confermata dall'uso che se ne fa anche in relazione al compratore, per il quale non si poneva alcun problema di *custodiam praestare* (177).

Nel responso si ricerca di nuovo, attraverso la *traditio*, il *dominus* della cosa al momento del furto (178). La precisazione che

semplicemente, come « physical loss »; cfr. esattamente G.MacCormack, *Periculum* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 132 sg.; P. Voci, *Diligentia* cit., pp. 131-132; d'accordo con il Thielmann ora M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 452 n. 1552.

(174) F. Schulz, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS.27 (1906) R.A., p. 117; F. Haymann, *Textkritische Studien II. Periculum est emptoris* cit., in ZSS.41 (1920) R.A., pp. 76-77; Id., *Zur Klassizität des periculum emptoris* cit., in ZSS.48 (1928) R.A., p. 340.

(175) Cfr. ad es. E. Seckel-E.Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS. 47 (1927) R.A., p. 247; H.R. Hoetink, *Periculum est emptoris* cit., pp. 133-137; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 157-158; J. Miquel, *Periculum locatoris* cit., pp. 144-145; H.P. Benöhr, *Das sog. Synallagma* cit., p. 89; di « Vorläufere des *custodiam praestare* » parla M. Kaser, *Die actio furti des Verkäufers* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., p. 113.

(176) H. Vogt, *Zur Gefahrtragung* cit., p. 164; M. Sargenti, *Problemi di responsabilità contrattuale* cit., pp. 219-220; E. Betti, *Periculum* cit., pp. 174-175; C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 78 e pp. 119 sgg.

(177) Così M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 453 n. 1556.

(178) Sul diverso problema della discussione che sembra aver coinvolto la giurisprudenza successiva (Trebazio, Labeone D.18,6,1,2) sull'idoneità o meno della *signatio* a simboleggiare l'ingresso della cosa nel possesso proprio della *traditio* vd. A. Metro, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 66-68.

le *trabes* si considerano consegnate anche quando siano state solo segnate dal compratore (179), è stata spesso giudicata la prova che si tratti di una vendita di genere (180). Come però è stato evidenziato, Alfeno parla di *materia empta*, il che starebbe ad indicare una anteriorità temporale della individuazione delle travi acquistate rispetto al loro furto (181), e che comunque, se si trattasse di vendita di genere, sarebbe in ogni caso di un *genus* limitato (182).

Va rilevato, poi, che se fosse stata solo la natura di genere della cosa venduta l'elemento essenziale per porre a carico del venditore il « pericolo » fino alla *traditio = signatio*, il giurista non avrebbe sentito la necessità di specificare che il *perire* era un *furto perire*. Al contrario, invece, il parere fonda la sua ragione proprio sull'ipotesi del furto, che viene a collegarsi 'indirettamente' con la inidonea sorveglianza del bene venduto. Che il giurista non parli di *custodiam praestare*, allora, confermerebbe l'impressione che in questo periodo il significato del *custodire* a cui rimanda il concetto di *custodia* quando collegato al *praestare*, non fosse ancora quello di sorveglianza idonea ad evitare il furto. Alfeno, allo stesso modo del caso della distruzione dei letti per ordine dell'edile, non fa d'altronde di questo aspetto il criterio di imputazione del perimento al venditore, ma ne deduce solo un aggravamento del suo *praestare*, in deroga alla regola del *periculum est emptoris*, possibile proprio attraverso l'accentuazione del suo essere proprietario della *res* fino alla *traditio = signatio*.

Anche in questo caso, come nel precedente, nulla dice il responso sugli effetti del *periculum venditoris*, ed in particolare se

(179) Per il Riccobono è questa un'ipotesi di *traditio ficta* con *presentia rei*; *Traditio ficta*, in ZSS.33 (1912) R.A., p. 273 e in ZSS.34 (1913) R.A., p. 200 n. 1.

(180) Già nella gl. « *materia* », l.*quod si neque traditi*, ff.*de per. et comm.*; vd. per gli autori più recenti R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 364 sg.

(181) Vd. G. Thielmann, *Traditio und Gefahrübergang* cit., in ZSS.106 (1989) R.A., p. 303-304; M. Talamanca, *Vendita* cit., pp. 452-453 e n. 1554 e 1555.

(182) M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 1555. Sull'uso e sul significato del termine « *materia* » in questo passo vd. M.J. Schermaier, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien/ Köln/ Weimar (1992), Böhlau, p. 18.

qui il venditore risponda o meno nei limiti del prezzo. Una tale limitazione, rispetto all'ipotesi qui discussa, più che condizionata da un logica applicata dal giurista romano, sembra condizionata dalla reinterpretazione moderna del *periculum* in termini di « rischio » in senso stretto, quando al contrario esso viene ad esprimere in questi passi rispetto al *praestare* del venditore, quello che in D.19,2,15,2 era il *damnum domini /coloni esse*, espressione sotto il profilo materiale del riconoscimento o meno del *praestare* del locatore.

E. *L'aggravamento del* praestare *del venditore*-dominus *come superamento della regola del suo* culpam praestare *ed il* periculum emptoris *nei* Digesta *di Alfeno Varo.*

Anche rispetto al contratto di compravendita riemerge, seppure con gli adeguamenti dovuti alla diversa funzione contrattuale, l'idea-guida che abbiamo riscontrato nella locazione conduzione. Anche qui si ha una precisa interpretazione della funzione d'acquisto ed in particolare della posizione dell'*emptor* rispetto alla *res empta* una volta accordatosi con il venditore sul prezzo e la cosa (*emptio perfecta*). In aderenza a questa interpretazione — che non è espressione tanto di una concezione che vede il compratore come il « *wirtschaftliche Eigentümer* » della cosa (183), quanto della preponderanza del rapporto obbligatorio su quello reale — la cosa acquistata è nel possesso del venditore fino alla consegna (che coincide per le *res nec mancipi* col passaggio del *dominium*), ma è, dal perfezionarsi della vendita, del compratore in base al vincolo di buona fede (*oportere ex fide bona*) che lega le parti (184). Egli, perciò, pur non essendo formalmente proprietario, e pur non avendo ancora il possesso della *res*, è il de-

(183) Vd. in questo senso F. Peters, *Periculum est emptoris* cit., in *Iuris professio. Festg. Kaser* (1986), p. 232.

(184) Esattamente W. Ernst, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.99 (1982) R.A., p. 245. Ed ora C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., (di pross. pubbl. in *Iura* 43-44), cap. I § 2; M. Pennitz, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit., in T.62 (1994), p. 255 n. 15. Per un richiamo alla *bona fides* come fondamento della regola del *periculum emptoris*, ma nel senso di « billig », vd. I. Molnár, *Periculum emptoris* cit., in *Sodalitas. Scr.Guarino* V, p. 2255.

stinatario naturale del suo eventuale perimento (regola del *periculum emptoris*).

Il venditore è, invece, obbligato di regola a *stare praes* degli eventuali vizi della cosa e degli eventuali danni che questi arrecano al compratore (D.9,2,52,3), e della propria colpa (D.18,6,12). A questi contenuti del *praestare* se ne aggiungono poi degli altri, in base all'accentuazione del rapporto proprietario tra il venditore e la cosa almeno fino alla *traditio*, profilo che può aggravare il *praestare* del venditore, normalmente limitato alla *culpa*, senza però determinare un ribaltamento della regola del *periculum emptoris*, in favore di una regola uguale e contraria per il venditore. Il *periculum venditoris* che incontriamo in una serie di testimonianze (D.18,6,13-15 pr.; 15,1), rispetto ad ipotesi (distruzione dell'edile dei letti lasciati sulla via pubblica; furto della *materia*) per le quali la *fides bona* non consentiva, date le modalità del perimento, di applicare la regola del *periculum emptoris*, viene così a descrivere, sul piano degli effetti, il ricorso alla logica del *praestare* del *dominus* fondante l'*actione empti teneri* del venditore (185).

(185) Per il Talamanca, al contrario, che ritiene i passi di Alfeno i più antichi in materia di *periculum emptoris*, « la causa della originaria prevalenza del *periculum venditoris* » andrebbe ricercata « in un'influenza dello scambio originario della cosa contro il prezzo, per cui il pagamento di quest'ultimo in tanto è giustificato in quanto la cosa stessa sia pervenuta nella disponibilità, se non nella proprietà, del compratore; *Vendita* cit., p. 459. A riguardo se non c'è dubbio che l'originario *damnum emptoris* visto nelle vendite d'asta del *de agricultura* di Catone (*supra* cap. I, 7) si collegava, salvo il caso del vino in botti, al controllo che il compratore esercitava sulla cosa madre da cui avrebbe tratto la cosa acquistata, già in Q. Mucio (D.18,6,18; *supra* cap. III, 5) sembra individuarsi, di regola, un *praestare* del venditore fino alla consegna della cosa limitato al dolo e alla *culpa*. Salvo quindi ipotesi particolari, relative a cose che richiedevano regole diverse, il *periculum emptoris* si applica già prima di Alfeno Varo. Le ipotesi esaminate nei suoi *Digesta* si inseriscono in un dibattito già avviato, e non ribaltano, nei limiti delle testimonianze a noi pervenute, la regola del *periculum emptoris*, ma aggravano il normale rispondere del venditore, normalmente limitato alla *culpa*, accentuandone il rapporto di *dominium* con la *res* (nei casi esaminati in D.18,6,13-15 pr. e in D.18,6,15,1, a differenza di D.18,6,12, sempre *nec mancipi*) fino alla *traditio*.

3. *Il contenuto del* praestare *del creditore pignoratizio rispetto al perimento della cosa del debitore: il « pericolo della forza maggiore » e la* culpa *(D.13,7,30).*

Paul.l.5 *epit.Alf.Vari digest.* (D.13,7,30)
Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem.

Un tale fa credito ad un barcaiolo, il quale però al termine non adempie alla sua obbligazione pecuniaria. Quello allora trattiene la barca di questo nel fiume, *sua auctoritate*. Successivamente il fiume si ingrossa e strappa dagli ormeggi la barca.

Il responso distingue tra un impossessamento contro la volontà del debitore, ed uno invece concesso volontariamente. Nel primo caso — si dice — la barca è nel pericolo del creditore; nel secondo, invece, egli garantisce al debitore solo le conseguenze della propria *culpa* e non quelle della *vis maior*.

Qualche problema potrebbe essere dato dalla distinzione operata nel parere rispetto al *sua auctoritate* della descrizione dell'ipotesi. Ritengo però che essa possa essere spiegata senza pensare a delle interpolazioni (186), ma interpretando l'impossessamento « attraverso la sua autorità » nel senso di « unilaterale, e senza l'*auctoritas* del magistrato » (187), con ciò non escludendosi che esso potesse o meno vedere consenziente il debitore (188).

(186) Proprio sul *responsum* si concentra di solito la critica, espungendo l'intera seconda ipotesi (« *si debitor sua voluntate concessisset* ») in base a imperfezioni formali; F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 227; G. Beseler, *Romanistische Studien. Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in T.8 (1928), p. 287; H.H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 142; L. de Sarlo, *Alfeno Varo e suoi Digesta* cit., pp. 134 sg.; A. Watson, *The Law of Obligations*, p. 184.

(187) P. Frezza, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *St.Betti* II, p. 438; Id., *Le garanzie delle obbligazioni (corso di diritto romano)*, Padova (1963), Cedam, pp. 241-243; il Kunkel lo qualifica come un « Selbsthilfeakt »; *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in ZSS.90 (1973) R.A., p. 154; di « atto arbitrario » parla Ankum, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *St. Biscardi* IV (1983), pp. 612-613.

Ma quale azione, secondo Alfeno, può esercitare il debitore contro il creditore nelle ipotesi in cui si riconosce un suo *praestare* rispetto alla perdita della barca ? Una parte della dottrina nega infatti alla fattispecie una qualifica in termini di pegno convenzionale, ritenendola in realtà estranea ad un rapporto contrattuale (189). Se questa interpretazione indubbiamente trova un solido appiglio nell'ipotesi in cui il creditore s'impossessi della barca senza l'*auctoritas* magistratuale e senza altresì il consenso del debitore, lo stesso non può dirsi nel caso in cui ciò avvenga *voluntate debitoris*. Qui esistono gli estremi di una *pignoris capio* convenzionale che, trattandosi di una pretesa del debitore contro il creditore pignoratizio, avrebbe trovato tutela quantomeno attraverso l'azione *pigneraticia in factum concepta* (190).

Più difficile invece sapere quale sia l'azione a tutela del debitore nel caso di impossessamento senza titolo, in quanto non si può dire con certezza se qui ugualmente il creditore venisse condannato per il perimento attraverso la medesima azione, oppure più probabilmente ricorrendo ad un'*actio in factum*.

Con queste premesse possiamo ora cercare di comprendere la

(188) Il Frezza pensa per la prima eventualità ad un patto per la *pignoris capio*; *I formulari catoniani e le forme di protezione* cit., pp. 438-439; vd. anche M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, in T.44 (1976), p. 240 n. 39. Di diversa opinione è il de Robertis che reinterpreta il richiamo alla *auctoritas* del creditore pignoratizio come « facoltà a lui spettante di scegliere liberamente i mezzi e i modi per la migliore e meno dispendiosa custodia della cosa »; *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 483.

(189) W. Kunkel, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts* cit., p. 154; A. Bürge, *Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, in ZSS.97 (1980) R.A., p. 151. La Bergsma van Krimpen parla di « retentio ohne... Genehmigung des Debitor »; *Eine neue Interpretation von D.13,7,13*, in RIDA 26 (1979), p. 165 n. 6.

(190) Per la difficoltà di accertare il momento in cui per il pegno si sia aggiunta alla tutela *in factum* quella *in ius* vd. per tutti P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., pp. 318-327; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 537; A. Burdese, *Pegno (dir.rom.)*, in ED.XXXII (1982), pp. 672-673; ed ora R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., pp. 221-223.

ragione del diverso contenuto del *praestare*. Nel caso di impossessamento senza il consenso del debitore si è ipotizzato che forse per il giurista il bene venisse oramai imputato al patrimonio del creditore e quindi a suo pericolo (191). In realtà, però, il *detinere*, con cui si descrive il potere di fatto del creditore sulla barca, depone più per una detenzione temporanea diretta a rafforzare la sua aspettativa all'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, similmente alle forme di pegno incontrate nei formulari catoniani, che per un impossessamento di fatto. Più corretta è, allora, una spiegazione che tenga conto della riprovevolezza, per il giurista, di un atto unilaterale di appropriazione della *res*, senza l'approvazione del magistrato e senza il perfezionamento di un contratto, che lo porta ad aggravare la posizione del creditore, fino a ritenerlo garante del perimento della barca dovuto alla piena del fiume (192).

Nelle ipotesi, invece, di impossessamento con l'assenso del debitore il giurista repubblicano (193) riconosce un *praestare* del creditore limitato alle sue condotte colpose.

Si è pensato a riguardo che il creditore pignoratizio rispondesse non soltanto della colpa ma anche della *custodia* tecnica, proprio per la contrapposizione con la *vis maior* (194). In realtà, però, il *custodiam praestare* non è idoneo a fornire il criterio di soluzione per risolvere il caso qui discusso, in quanto non si tratterebbe nè di un furto della barca, nè tantomeno di un danneggiamento da parte di terzi (195). Al contrario, rispetto al perimento della barca per la piena del fiume, i due concetti di *culpa* e *vis* si dimostrano perfettamente idonei ad attrarre le diverse modalità dell'accaduto, che si risolvono da un lato nel comportamento del creditore pignoratizio, e perciò nel giudizio sulla colpa (196), e dall'altro nella « forza » del fiume.

(191) M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 2 cit., I, p. 512 n. 76; ed in parte A. Bürge, *Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom* cit., p. 152.

(192) Esattamente si accentua che: « Damit wäre durch diese Erweiterung der Haftung ein gewisser Pönalisierungseffekt »; A. Bürge, *Vertrag und personale Abhängigkeiten* cit., p. 152; vd. peraltro già E. Vernay, *Servius et son École* cit. p. 269 n. 4. Il Giaro ritiene che anche nel caso di perimento per la *vis fluminis*, la *ratio* della soluzione sarebbe fondata su una *culpa praecedens*; *Excusatio necessitatis* cit., p. 170. Il de Robertis, invece, coerente alla sua interpretazione del richiamo alla *auctoritas*, spiega i diversi presupposti del riconoscimento di un *praestare* in base alla scelta, fatta consapevolmente dal creditore, di correre « il rischio di un danno eventuale », quello appunto della *vis fluminis*, piuttosto che sopportare un « danno sicuro: quello causato dalle spese di custodia della cosa »; *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 482-483 n. 131 e p. 482 n. 130.

(193) Non c'è motivo di ritenere che la seconda ipotesi sia risolta da Paolo e non più da Alfeno come invece pensa P. Krückmann, *Custodia*, in ZSS.64 (1944) R.A., p. 45; così in un primo tempo M. Kaser, *Besitzpfand und besitzloses Pfand*, in SDHI.45 (1979), p. 71 n.245; che propende ora per la paternità di Alfeno Id., *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, in ZSS.99 (1982) R.A., p. 254 n. 30.

(194) E. Seckel-E.Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 249 n. 4. Sul problema ora C. Rascon, *Pignus y custodia en el derecho romano clásico*, Oviedo (1976), pp. 110 sgg. Per un quadro della discussione sulla responsabilità del creditore pignoratizio nella moderna romanistica vd. L. Rota, *Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio*, in *St. Biscardi* (1984), V, pp. 329-368.

4. *La morte dello schiavo comodato come un* periculum domini*: un responso di Aufidio Namusa (D.13,6,5,7).*

Un responso dell'*auditor Servii*, Aufidio Namusa, in relazione all'inadempimento dell'obbligo di restituzione del comodatario, sembra sostanzialmente adeguarsi, sia nella terminologia, che nel ragionamento giuridico, alle soluzioni che abbiamo visto essere state date da Servio Sulpicio Rufo e da Alfeno Varo.

Ulp. l.28 *ad ed.* (D.13,6,5,7)
Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: ... nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ergo ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarum-

TECTOR

(195) Così anche H. Ankum, *La responsabilità del creditore pignoratizio* cit., p. 613.

(196) Si pensi ad un cattivo ormeggio o al non aver portato in secca l'imbarcazione essendo ciò possibile. Va notato che nel sistema della compilazione giustinianea la *culpa* del creditore pignoratizio viene ad estendersi fino alla *exactissima diligentia*; vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 482-483.

que vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.

Il passo ulpianeo discute la pertinenza del *damnum mortis* a chi abbia chiesto un servo in comodato. Il caso per noi importante è la consegna di un *servus* tinteggiatore che sia caduto dal ponteggio (*machina*). Aufidio Namusa risponde che tale « pericolo » è del comodante (*Ego*) (197). Ulpiano al contrario ritiene necessario approfondire le modalità del fatto, distinguendo tutta una serie di circostanze che farebbero propendere per una soluzione contraria (198). Il perimento del servo caduto dal ponteggio sarebbe un *periculum* del comodante solo se consegnato con lo scopo di *in machina operare*. Quando, invece, vuoi perché il *servus* sia stato comodato affinché lavori *de plano* (199), vuoi perché sia caduto per negligenze relative alla legatura delle funi di sicurezza e al posizionamento delle travi, allora il *periculum* della caduta, essendo effetto di una *culpa* del comodatario, rientrerebbe nel suo *praestare*. La soluzione sarebbe analoga ad un'ipotesi ricordata

(197) L'altra ipotesi relativa al *de plano facere*, non è di Namusa ma, come prova il *puto*, di Ulpiano stesso; diversamente L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato* cit., in *Est. Iglesias* I, p. 477.

(198) La visione ulpianea si sovrappone a quella di Namusa, criticandola, senza però modificarla nel suo tenore originale; vd. sul passo K. VISKY, *Responsabilité* cit., in RIDA.3 (1949), pp. 462-463; F.M. DE ROBERTIS, Rc. a ROSENTHAL, in *Iura* 4 (1953), p. 348 (parla di « responsabilità obiettiva » per cose di pregio); F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano* cit., p. 135; J. MIQUEL, *Periculum* cit., p. 151; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 70; C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., p. 116 sg.; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 275-280; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum* cit., pp. 107-110; ed ora L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato* cit., in *Est. Iglesias* I, pp. 476 sgg.

(199) In questo caso l'*impositio* del servo *in machina* sarebbe « una violazione del limite contrattuale », che per il CANNATA è come tale una *culpa*; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8. In realtà, l'aver violato il limite contrattuale su cui entrambe le parti si erano accordate, è per Ulpiano un uso difforme della cosa comodata che veniva visto, come il caso del cavallo prestato per raggiungere la *villa* ma in realtà portato in guerra, come un *furtum usus* e quindi ascritto, salvo prova contraria, al dolo del comodatario; vd. M.J. GARCIA GARRIDO, *El 'furtum usus'* cit., in *Atti Acc. Rom. Cost.*IV (1981), p. 851.

da Mela, relativa ad un servo 'muratore', perito *sub machina* per la negligente legatura fatta dal comodatario (200).

A prescindere da non motivati sospetti di interpolazione (201), il passo ulpianeo offre la possibilità di confrontare la soluzione di Aufidio Namusa con quelle sopra viste di Servio e di Alfeno.

Per Aufidio Namusa la particolare funzione lavorativa del servo permetterebbe, infatti, di individuare per ciò solo quali siano i « pericoli » a cui va incontro l'uomo comodato e che il comodante-*dominus* non può considerare contenuti nel *praestare* del comodatario; in questi « pericoli » rientra il lavorare sull'impalcatura (l'*in machina operare*), in quanto normale posizione per tinteggiare, con tutte le conseguenze che ciò può comportare, anche la morte dello schiavo per caduta. Per Ulpiano, invece, una tale soluzione sembrerebbe non tenere conto che la morte del servo, caduto dal ponteggio, potrebbe anche essere dovuta alla colpa del comodatario. Di qui l'approfondimento delle modalità del perimento e della condotta del comodatario, attraverso una valutazione centrata sui termini di *diligentia* e *culpa*. La critica ulpianea è il sintomo della distanza che separa la mentalità dell'*auditor Servii* dal giurista severiano, la cui soluzione viene a collocarsi entro una certa linea rispondente che risale a Servio, e che tende a costruire in modo tipico i pericoli cui il *dominus* va incontro e che in base al particolare lavoro del servo non possono considerarsi contenuti nel *praestare* dell'altro contraente.

(200) Evidente sarebbe per il GIARO proprio l'uso ulpianeo dell'analogia fra i casi risolti da Namusa e Mela, al fine di coglierne una logica comune; *De ponte oder de monte? Banalitäten in der römischen Jurisprudenz*, in *Labeo* 36 (1990), p. 195.

(201) Il passo è sospettato solo in parte da E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 247 n. 2 e p. 253 n. 1; il KUNKEL, invece, partendo dall'unilaterale prospettiva della non classicità della responsabilità per mancata *diligentia*, critica soprattutto la parte successiva al responso di Namusa, dove appunto si riconsidera la fattispecie nella prospettiva della causa del perimento; *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., pp. 273 sgg.; 274 n. 2; così, sebbene con maggiore prudenza, anche l'ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 276-277.

5. *Il* praestare *nei responsi di Servio Sulpicio Rufo, di Alfeno Varo e di Aufidio Namusa, e la nuova interpretazione della* fides bona*: il* praestare *del contraente-*dominus *della* res locata/conducta/empta/commodata *e il* praestare *di alcune figure di contraenti che svolgono particolari attività* (colere; vehere) *come possibili alternative alla regola del* culpam praestare.

L'analisi dei precedenti passi ha evidenziato alcune linee di fondo che, al di là dei diversi rapporti contrattuali, guidano il giurista tardorepubblicano ed alcuni suoi allievi nella formulazione di responsi in materia di inadempimento.

A riguardo ritengo dover distinguere i pareri dove l'indagine della condotta del debitore influisce 'direttamente' sulla soluzione proposta, da quelli dove, invece, essa ha soltanto una rilevanza 'indiretta' o addirittura 'nessuna' rilevanza.

Rispetto ai primi:

a) il profilo soggettivo della *scientia* in relazione al dolo, viene a rappresentare, in alcuni giudizi di buona fede, solo la condizione di un aggravamento della condanna, ma non il fondamento di essa. Questa verrebbe a trovare la sua ragione in elementi diversi, come appunto l'inadeguatezza della *res locata* e della *res vendita* a svolgere la funzione economico-sociale che spinge la parte a concludere il contratto, inadeguatezza che di per sè viene valutata come in contrasto con la *fides bona* (pascolo locato, dove crescono erbe velenose D.19,2,19,1; buoi venduti *ad experiundos*, soliti ad incornare D.9,2,52,3).

b) il giudizio sulla *culpa* non si allontana dal modello formulato già da Q.Mucio: è in colpa, e quindi in contrasto con la *fides bona*, non solo chi in concreto compia un atto suscettibile di rimprovero (aver ancorato male o non aver portato in secca durante la piena del fiume l'imbarcazione oggetto di pegno D.13,7,30), ma anche chi non si adegui al modello dell'uomo diligente (D.18,6,12).

Per i secondi:

a) la vera innovazione che incontriamo nei responsi di Servio è legata al superamento dell'esclusiva indagine dei comportamenti debitori in chiave di dolo e *culpa*. Le modalità della circolazione delle *res*, estremamente potenziate attraverso l'*emptio venditio*, e

della loro detenzione per i più svariati fini attraverso la *locatio conductio*, sembrano porre in crisi una valutazione dell'inadempimento così delimitata. Il parere del giurista si muove all'interno di una fitta trama di interessi economici e sociali, che trovano una loro mediazione nel contratto. Proprio il ricorso a concetti diversi dalla *culpa*, come *vis* e *vitium*, viene a porsi come condizione del riconoscimento o dell'esclusione del *praestare* del contraente, riflettendo una linea che privilegia l'approfondimento del particolare contenuto del vincolo nato dal contratto e dell'attività che le parti si impegnano a svolgere. In particolare, questi nuovi àmbiti di riconoscimento del *praestare* si collegano ad un'interpretazione innovativa del « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA », in relazione a mutate e più complesse applicazioni dei nuovi contratti del *ius civile*. I criteri elaborati da Servio mostrano, nella loro applicazione, di seguire un'idea di fondo comune: l'impossibilità di estendere il *praestare* del debitore-*non dominus* ai perimenti dovuti alla *vis*. In questo àmbito viene individuato un *praestare* costruito sulla particolare attività del contraente, che talvolta può andare al di là dello stesso giudizio sulla *culpa* (*colonus*→*colere; conductor-vector*→*vehere*);

b) il *praestare* del *dominus*, il quale è criterio che, attraverso l'accentuazione del rapporto di *dominium* che lega il contraente alla *res*, può determinare un aggravamento del suo *stare praes*, talvolta persino rispetto a eventi ascrivibili a *vis*. Fondamento essenziale di una tale regola è la valutazione dell'*oportere* in termini di *fides bona*, che viene in questi casi, da un lato ad impedire che il contraente-*non dominus* si faccia carico di certi « pericoli » e d'altro lato a permettere che se ne possa far carico, invece, il contraente-*dominus* (il *praestare:* del locatore del fondo rispetto al raccolto distrutto dalla *vis* D.19,2,15,2; del trasportatore marittimo in caso di *res locatae in creditum itae* perite in un naufragio D.19,2,31; del venditore rispetto all'ordine magistratuale e del furto; D.18,6,13 (12)-15 (14) pr.; D.18,6,15 (14),1).

In base a questi nuovi criteri, si ricorre, nel valutare i contenuti del *praestare*, a concetti diversi e più complessi del dolo e della colpa, proponendo una serie di soluzioni che ridisegnano, all'interno di logiche più adeguate alle trasformazioni in corso,

gli 'spazi' dell'obbligazione, entro un ordinamento giuridico su cui pesa ancora l'eredità delle costruzioni della giurisprudenza precedente.

L'originalità del contributo dato da Servio in materia, quindi, con la estensione dei contenuti del *praestare*, e con il ricorso a nuovi criteri di imputazione, pone le basi per una riconsiderazione dei concetti di riferimento del giurista in questa materia, e di una loro risistemazione in rapporto alla funzione che possono venire a svolgere nella maturazione del parere. Su questa linea mi sembra che riemerga un rapporto con i pareri di Alfeno Varo e di Namusa, che, almeno in relazione all'argomento qui trattato, vada al di là della solita descrizione dei secondi in termini di semplici *voces* del primo (202). Tutto ciò non elimina la possibilità di capire l'idea di fondo sopra segnalata, partita da Servio, e che si riflette sia nel « momento pratico » sia in quello « teorico » del responso (203), e che rafforza l'impostazione del metodo (204).

---

(202) Di cui un esempio classico è la disputa sulla paternità serviana dei responsi contenuti nei *Digesta* di Alfeno, fondata di solito sull'argomento del richiamo a Servio in tre fr. della compilazione basilica corrispondenti a passi dell'allievo; vd. ad es. C. van Bynkershoek, *Observ. Juris Romani*, in *Opera Omnia*, Lugduni Batavicorum (1752), II, pp. 430-431; pp. 442 sgg., che distingue a seconda che il *respondit* ricorra nell'epitome anonima (Servio) o in quella paolina (Alfeno); per la critica a questa ipotesi vd. E. Otto, *P.Alfenus Varus ab iniuriis veterum et recentiorum liberatus*, in *Thesaurus iuris romani*, V, coll. 1685-1686. La discussione subisce un nuovo impulso con l'affermazione del Bremer, in base alla quale andrebbe riconosciuta la paternità serviana in tutti i fr. di Alfeno nei quali vi sia un « *respondit* »; *Iurisprudentia* cit., I, p. 161; a questa ipotesi si è però obbiettato che sia *respondit* che *respondi* sciolgono l'abbreviazione « R. » (F. Schulz, *Geschichte* cit., p. 255 n. 1); per sapere quando Alfeno stia in realtà citando un parere di Servio bisognerebbe allora ricorrere a criteri sostanziali e linguistici: vd. in questo senso C. Ferrini, *Intorno ai digesti di Alfeno* cit., in BIDR.4 (1891), p. 815; P. Jörs, *Alfenus Varus*, in PWRE.I.2 (1894), col. 1474; L. de Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi Digesta* cit., pp. 7-8. Il Watson pensa che la maggior parte degli 80 l. di Servio non siano stati pubblicati durante la vita del maestro, ma che i suoi allievi abbiano èdito i suoi pareri dopo la sua morte, e che quindi « a very large proposition of the responsa in the dig. were given by Servius »; *Law Making in the later Roman Republic* cit., p. 167; ma vd. le giuste riserve di F. Casavola, *Giuristi adrianei* cit., 129 sgg.; e di I. Molnár, *Alfenus Varus iurisconsultus*, in *Studia Pólay* (1985), pp. 311-328.

(203) Per la distinzione seguo M. Bretone, *Il responso nella scuola di Servio* cit., in *Labeo* 16 (1970), p. 6 [= *Tecniche e ideologie*² cit., p. 92].

(204) Su questo vd. L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano (Corso di lezioni)*, Torino (1989), Giappichelli, pp. 56 sgg. ed in particolare p. 62.

Talvolta, poi, si è avuta l'impressione che Servio, nel proporre una soluzione, optasse per (o quantomeno si ponesse consapevolmente su) una diversa linea interpretativa rispetto a quella delle argomentazioni retoriche. Al di là di considerazioni che meriterebbero un approfondimento specifico, non sembrerebbe, anche in questo caso, che, per quanto riguarda i problemi qui affrontati, la « formazione retorica » di Servio (vd. ad es. D.1,2,2,43), spesse volte accentuata proprio in relazione alle soluzioni giuridiche dello stesso, abbia condotto, al di là di normali omogeneità linguistiche, ad una 'contaminazione' di natura sostanziale delle soluzioni, al contrario di quanto si afferma di solito (205), ed in

---

(205) La accentuazione di un Servio-retore va di pari passo con quella di un Servio-filosofo; per gli autori meno recenti vd. E. Otto, *De vita, studiis, scriptis et honoribus Servii Sulpicii* cit., in *Thes.iuris romani*, V, coll. 1561-1565 e coll. 1586-1595 e gli autori ivi richiamati. Anche gli autori successivi non sembrano andare al di là di osservazioni generiche, collegate essenzialmente alla formazione giovanile del giurista: I. Bruni, *Vita Ser. Sulpicii Rufi iuris consulti*, in *Giornale arcadico* 79 (1839), pp. 245-317 in particolare pp. 246-296 e 300-303; B. Kübler, *Serv. Sulpicius Rufus*, in PWRE.IV A 1 (1931), coll. 857-860 in particolare col. 859; J. Stroux, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* cit., I Roma (1934), p. 129; Id., *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam (1949), Stichnote, pp. 105-106; P. Meloni, *Servio Sulpicio Rufo*, in *Ann. Cagliari Lett.* 13 (1946), pp. 67-245 in particolare pp. 67-78 e pp. 233-243; H. Coing, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: zur Entstehung der grammatische-logischen Auslegung*, in *St. Arangio-Ruiz* I (1953), pp. 365 sgg.; R. Orestano, *Servio Sulp. Rufo*, in NNDI. 17 (1970), pp. 99-100; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz/Wien/Köln (1967²), Böhlau, p. 25. I più recenti contributi si muovono con maggiore prudenza, prestando attenzione al profilo metodologico sotteso al parere del giurista, piuttosto che dare rilievo a semplici imprestiti terminologici da altre *artes*: vd. ad es. P. Stein, *Regulae iuris*, Edimburgh (1966), Univ.Press, pp. 41-45; Id., *The place of Servius Sulp. Rufus in the Development of Roman Legal Science*, in *Festschr. Wieacker* 70.G. (1978), pp. 175-184; F. Wieacker, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechischhellenistisch Theorie*, in *Iura* 20 (1969), pp. 448 sgg. in particolare su Servio pp. 467-469; M. Bretone, *Tecniche e ideologie*² cit., pp. 346-347; Id., *Storia del diritto romano*³ cit., pp. 57-58; 164; 168-170; 201-209; M. Talamanca, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano (colloquio italo-francese; Roma 14-17 Aprile 1973)*, Roma (1977), Acc. Naz. dei Lincei, II, in particolare p. 213; pp. 214-215; p. 234; pp. 239-240; pp. 249 sgg.; pp. 258-261; A. Schiavone, *Giuristi e nobili* cit., pp. 109 sgg. (testo); pp. 223 sgg. (note); C.A. Cannata, *La giurisprudenza romana*, Torino (1974), Giappichelli, p. 30-31; Id., *Histoire de la jurisprudence europeenne* I cit., p. 62-65; L. Vacca, *La*

particolare anche per i concetti elaborati in tema di inadempimento (206). In realtà si è di fronte ad un momento di trasformazione, nel quale si confrontano l'importanza che la retorica viene ad avere nelle aule di giustizia, e il ruolo del *iurisperitus*. Quest'ultimo, infatti, se non vuole veder sbiadire la sua funzione a quella di mero difensore o accusatore della parte, deve costruire il suo 'responso' su delle ragioni che prescindano dalla dialettica dello scontro processuale per indicare al giudice privato dei criteri che si dimostrino '*super partes*' e, per ciò solo, unica ed esclusiva espressione di una *interpretatio iuris*.

giurisprudenza nel sistema delle fonti cit., pp. 53 sgg. Sul rapporto tra Servio e i suoi 'maestri', vd. ora F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali*, Napoli (1993), Esi, pp. 169 sgg. Val la pena rileggere a chiusura di questo sommario elenco alcune parole del Bremer che mi sembra sintetizzino bene il rapporto tra *ars iuris* e le *artes* elleniche in Servio: « Nam philosophorum more Servius negotiorum elementa et investigavit et exhibuit (...), sed a patrum consuetudinem non descivit: quamquam graecorum philosophia imbutus tamen graeco sermone numquam, quantum scimus, usus est »; *Iurisprudentiae autehadrianae* cit., I, p. 147.

(206) Vd. E. Vernay, *Servius et son École* cit., pp. 45-53 e 262-290; B. Kübler, *op. ult. cit.*, col. 859 che sul punto critica Vernay; su cui anche Peters, Rc., in ZSS.32 (1911) R.A., pp. 463 sgg.; sempre di Kübler, *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht*, in *Rechtsidee und Staatsgedanke. Festschr. Binder* (1930), Hersg. K. Larenz, Berlin, pp. 63-76; H.J. Mette, *Ius civile in artem redactum* cit., pp. 9-10; T. Giaro, *Excusatio necessitatis* cit., pp. 168 sgg.; e da ultimo I. Molnár, *System der Verantwortung* cit., p. 614.

CAPITOLO V

L'INADEMPIMENTO IN LABEONE: *DOLUM ET CULPAM PRAESTARE* E *PERICULUM/O MEUM/O (TUUM/O..) ESSE* COME REGOLE DISTINTE, FONDANTI L'*ACTIONE TENERI*

1. *Considerazioni preliminari.*

L'esame della attività rispondente di Servio Sulpicio Rufo e dei suoi *auditores* ha mostrato come si fossero riconosciute quali ragioni del *praestare*, oltre i normali criteri del dolo e della colpa, anche criteri che, prescindendo dalla *culpa,* permettono ugualmente di riconoscere il *praestare* del contraente, come ad esempio il *praestare* del debitore-*dominus* o quello di particolari categorie di debitori che svolgono specifiche attività (*colonus* e *conductor mercium vehendarum*).

Con Labeone questa via, inaugurata da Servio Sulpicio Rufo, viene da una parte continuata, e d'altra parte profondamente modificata: così da un lato si continua a ricorrere, contemporaneamente al normale giudizio sulla colpa e sul dolo, a criteri di imputazione diversi, in base a valutazioni non collegate alla condotta del debitore; d'altro lato, ciò facendo si supera la *ratio* del contenuto del *praestare* come unica condizione dell'*actione teneri*, che era rimasta sottesa, seppure con presupposti e àmbiti di applicazione molto diversi, all'attività rispondente di Q. Mucio Scevola (*omnem periculum praestare*) e di Servio Sulpicio Rufo (*vim praestare*).

Labeone, cioè, costruisce un modello del *praestare* che solo in parte esaurisce le questioni attinenti all'*actione teneri* contrattuale, con ciò ponendo le basi per una delimitazione dei contenuti del *praestare* stesso e per l'elaborazione di nuovi moduli espressivi (*periculum/o meum/o, tuum/o... esse*) per descrivere

questi àmbiti estranei al *praestare*, ma fondanti ugualmente l'*actione teneri*. Di qui la grande importanza che ritengo debba darsi al contributo di Labeone che, spesso appiattito nella concezione poi maturata e riflessa nella *regula iuris* di D.50,17,23, è il modello storicamente 'perdente', e del quale si rischia di smarrire la ricchezza e la fertilità di strade che apre e di soluzioni che offre, a loro volta proprie della nostra tradizione giuridica.

Il tentativo labeoniano di superare il ruolo centrale del *praestare* come unico fondamento dell'*actione teneri* conseguente all'inadempimento, ruolo ancora presente invece in Servio, determina la ricerca di qualificare in modo specifico, e quindi di esprimere in modo differenziato, questi modi di imputare l'inadempimento, senza che ciò impedisca di mantenere una prospettiva unitaria del problema attraverso l'*actione teneri*. Una volta separato il *dolum et culpam praestare* dal *periculum/o meum/o (tuum/o...) esse*, è per Labeone solo l'*actione teneri* la categoria concettuale in cui attrarre entrambe le problematiche.

Nel giurista dell'età augustea, però, l'individuazione di una logica unitaria dei suoi responsi non sembra possibile che all'interno del singolo tipo contrattuale, per il quale il giurista applica regole specifiche, non suscettibili che parzialmente di estensione agli altri tipi contrattuali.

2. *L'esclusione del* praestare *del comodatario per l'assenza di una sua condotta riprovevole (D.9,2,57).*

Iav.l.6 *ex post.Lab.* (D.9,2,57)

Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite: sane non cum equi domino agi posse. verum puto.

Ego dà a *Tu* un cavallo in comodato. *Tu* lo cavalca insieme ad altri cavalieri su altri cavalli. Uno di questi investe il cavallo comodato con sopra *Tu*. Nello scontro *Tu* cade. Per queste circostanze l'*equus* si frattura le zampe. Giavoleno riporta il parere

di Labeone, il quale nega possa agirsi contro *Tu* con « alcuna » azione, e riconosce invece la possibilità di agire contro il cavaliere del cavallo che ha investito quello comodato se si abbia una sua *culpa*. Certamente, continua il fr., non si può agire contro il *dominus* del cavallo investitore. Il parere trova concorde Giavoleno (« *verum puto* »).

Il passo interessa in questa sede rispetto all'esclusione assoluta della possibilità di agire contro il comodatario, la quale attraverso la prospettiva della soggezione all'azione contrattuale, prospettiva condizionata probabilmente dalla concorrente valutazione dell'esistenza dei presupposti dell'*actio ex lege Aquilia*, si doveva proporre normalmente come una questione di contenuti del *praestare* del comodatario. In relazione a questa parte del parere labeoniano la dottrina è concorde nel riconoscere la sua genuinità (1), concentrandosi i problemi di critica soprattutto sulla parte successiva (2).

La negazione trova nell'aggettivo indefinito *ulla* un punto di riferimento significativo, che esprime l'assenza di una qualsiasi azione per far condannare il comodatario rispetto alla frattura delle zampe dell'animale, e quindi, per quello che a noi interessa, anche della azione di comodato (3).

(1) Cfr. già F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.42 (1922) R.A., p. 389; W. Kunkel, *Exegetische Studien* cit., in ZSS.49 (1929) R.A., p. 164 n. 3; J. Kerr Wylie, *Actio de pauperie* cit., in *St. Riccobono* IV (1936), p. 519.

(2) In particolare la frase da « *sane* » in poi, di cui si contesterebbero oltre che alcune imprecisioni formali, una non conformità al diritto classico (F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.42 (1922) R.A., p. 391) o al diritto classico e a quello giustinianeo (J. Kerr Wylie, *Actio de pauperie* cit., in *St. Riccobono* IV, pp. 519-520). Vd. una convincente riconsiderazione della fondatezza dei dubbi che questa parte solleva in S. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., pp. 214-216. Sul significato da riconoscere alla « *culpa equitis* » rilevante per l'esperibilità dell'azione *ex lege Aquilia* vd. con posizioni diverse B. Beinart, *The Relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, in *St. Arangio-Ruiz* I, p. 297; F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, Oxford (1955; reprint 1962), Clarendon, p. 39 n. 5; S. Schipani, *op. ult. cit.*, pp. 216-217; C.A. Cannata, Rc., in *Labeo* 17 (1971), pp. 73-74; G. MacCormack, *Aquilian 'culpa'*, in *Daube Noster*, p. 210.

(3) Val la pena notare come il l.6 *ex post. Lab.* è in materia di comodato (cfr. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., I, coll. 299 sgg.); sull'inserimento del fr. nel tit.9,2 si è opportunamente rilevato come « i compilatori abbiano probabilmente espresso qui il loro pensiero più attraverso una scelta del passo idoneo a ri-

Ma perché il giurista augusteo escluderebbe in modo così categorico il *teneri* contrattuale di *Tu* ?

A riguardo ritengo si debbano approfondire le circostanze nelle quali il cavallo si frattura le zampe, per cercare di comprendere perché il giurista giunge a questa conclusione. Innanzitutto, l'uso che *Tu* fa del cavallo comodato non è di per sè ragione di discussione, il che dimostra come esso fosse conforme a quello consentito (4). Rilevante, poi, è la circostanza nella quale si è verificato il danno subìto dal cavallo comodato: l'*in equum irruere* esprime un vero e proprio investimento da parte di un altro cavallo, a sua volta montato da un cavaliere (5). Non sempre si è tenuto conto della qualifica in termini di *casus* di questo evento (6). Con questa parola si vuole esprimere la comprensione dell'accaduto da parte del giurista in relazione al contegno del comodatario: in sostanza, che la caduta dovuta alla condotta del terzo sia appunto accidentale. L'impossibilità di individuare un comportamento riprovevole, cioè colposo, di *Tu*, verrebbe condizionata proprio dalla natura « casuale » delle conseguenze dell'investimento del terzo, portando a negare una qualsiasi azione contro il comodatario. Per Labeone, quindi, il comodante sopporta tutti quei pericoli a cui la cosa comodata va incontro, salvo quelli dovuti ad una *culpa* del comodatario, per i quali si deve riconoscere un *praestare* di quest'ultimo. Che anche in Labeone il comodatario sia sostanzialmente obbligato a *culpam praestare*, trova d'altronde conferma in un altro parere labeoniano, dove, in un caso di prestito d'uso finalizzato alla conclusione di un pegno, si riconosce rilevanza alla colpa del comodatario per precisare il tipo di condanna (« ... *idem Labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus,*

fletterlo che attraverso un rimaneggiamento »; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 212.

(4) In questo senso S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 212 e n. 3.

(5) Vd. *ThLL. s.v.* « *irruere* ».

(6) Il che non necessariamente deve portare, però, a riconoscergli il significato di *vis*; ma vd. I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes des vis maior* cit., in *Iura* 32 (1981), p. 88.

competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem »; D.13,6,5,12).

Non sembra, invece, emergere il riconoscimento di un *custodiam praestare* del comodatario rispetto al caso in esame, il che d'altronde, trattandosi di un danno provocato da terzi, non doveva assumere per Labeone una particolare rilevanza, dato che la sicura estensione del *custodiam praestare* alle ipotesi di danneggiamento del terzo si ha solo nella giurisprudenza successiva a Giuliano (7).

3. *Il contenuto del* praestare *del venditore nella prospettiva dell'*actione teneri *ed il* periculum emptoris.

A. *L'« integrità » del vaso venduto ed il riconoscimento del* praestare *del venditore (D.19,1,6,4).*

La regola, che abbiamo già incontrato, relativa al riconoscimento di un *praestare* tipico del locatore rispetto a vizi del pascolo locato, vede d'accordo lo stesso Labeone, che segue la soluzione di Servio Sulpicio citata in D.19,2,19,1. In questo contesto è interessante un fr. tratto dai libri *ad Sabinum* di Pomponio:

Pomp.l.9 *ad Sab.* (D.19,1,6,4)
Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.

(7) Cfr. le giuste osservazioni di A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., p. 113; seguito da R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 412-413 e n. 303; P. VOCI, *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), pp. 77 sgg.; ed *infra* cap. X.2.

Il commento di Pomponio può dividersi in quattro parti. La prima (*si vas/minus praestes*) fa l'ipotesi del vaso venduto con l'esplicita dichiarazione del venditore della sua capacità e del suo peso, caratteristiche queste che poi risultano false. A questa prima ipotesi si affianca quella nella quale il *dictum* del venditore ha per oggetto l'« integrità » del vaso. In questo caso la falsità della dichiarazione fa porre a suo carico ogni danno sofferto dal compratore a causa della difettosità del vaso. L'esplicito richiamo in questo caso ad un « *quod eo nomine perdiderim* » dimostra come nel primo la condanna del venditore si limitasse al valore del vaso.

La terza parte del fr. prende in esame una variante di queste ipotesi, nel caso, cioè, in cui il venditore non abbia espressamente garantito l'integrità del vaso. Le soluzioni ricordate sono due: una che ritiene il venditore obbligato soltanto a *dolum praestare*, l'altra di Labeone che, salvo un differente patto, ritiene il venditore comunque tenuto per il danno subìto dal compratore. Pomponio segue quest'ultima soluzione.

La quarta parte, infine, collegandosi a quanto appena detto, ricorda la testimonianza di Minicio in base alla quale anche Sabino avrebbe dato un *responsum* analogo in materia di botti locate.

Indubbiamente la struttura del passo non semplifica il ragionamento ricostruttivo dell'interprete, che si trova a dover sciogliere una serie di problemi legati alla complessità e alla sovrapposizione delle soluzioni.

Ciononostante ritengo possibile la precisazione delle diverse prospettive e del rapporto tra i giuristi, che nel passo si sovrappongono. Le prime due parti (*si vas/ minus praestes* e *sed si vas/ praestabis mihi*) seguono una linea di commento di Pomponio che non sembra porre problemi. La differenza di entità del risarcimento (8) si collega al tipo di vizio garantito espressamente

(8) Sulla differente entità del risarcimento vd. ad es. P. Krückmann, *Einige Randfragen zum periculum emptoris* cit., in ZSS.59 (1939) R.A., p. 4; U. von Lübtow, *Zur Frage der Sachmängelhaftung im römischen Recht*, in *St. Paoli*, p. 490;

dal venditore (9). La terza parte, invece, riflette la contrapposizione tra due posizioni, la seconda delle quali, quella di Labeone, trova d'accordo Pomponio (10). La scelta del commentatore non viene però a cancellare l'interpretazione criticata.

Quest'ultima, da un punto di vista sostanziale, riflette una concezione collegata ad un'interpretazione, per così dire, formale della regola sul *dolus in contrahendo* (11). Il venditore, che non abbia espressamente garantito l'« integrità » del vaso, risponderà solo se vende conoscendo (*sciens*) il suo vizio. Viene quindi spontaneo pensare ad una linea interpretativa che attraverso Sabino, l'autore commentato, risalisse alla giurisprudenza del II-I sec. a.C., la quale applicava la regola del « *quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari* » (vd. *supra* cap. II. 4.C, a-b) (12). Il fatto che Sabino venga ricordato espressamente nel passo per il tramite di Minicio nel caso delle botti non integre (13), non pregiudica una tale ipotesi (14), ed anzi spiega me-

D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 131 e pp. 154-156; H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium* cit., p. 85.

(9) Il Frier la ritiene riflettere la distinzione tra « fundamental defect » e « ordinary defect »; *Roman Law and the Wine Trade: the Problem of Vinegar Sold As Wine*, in ZSS.100 (1983) R.A., p. 286 n. 114.

(10) Va notato che la critica interpolazionistica non espunge di solito l'« *et est verum puto* »; vd. ad es. per presunte interpolazioni del passo F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis* cit., in ZSS.10 (1889) R.A., p. 309; K. Heldrich, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht*, in *Leipz. Rechtswiss. Studien* 7 (1924), pp. 21-22; F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., pp. 101 sgg. e pp. 144 sgg.; E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 25; W. Flume, *Zum römischen Kaufrecht*, in ZSS.54 (1934) R.A., p. 330; P. Voci, *L'errore nel diritto romano* cit. p. 251. Eccezione è il Monier, *La garantie contre les vices* cit., pp. 159-160.

(11) Il von Lübtow ricostruisce così questa parte del passo « *ut integrum praestes [dolum malum] ⟨sciens⟩ dumtaxat ⟨id⟩ praestare te debere ⟨quibusdam videbatur⟩* »; *Zur Frage der Sachmängelhaftung* cit., p. 489; vd. altresì le considerazioni di G. Impallomeni, *Applicazione del principio dell'affidamento nella vendita romana*, in SDHI.21 (1955), pp. 163-164; G. Longo, *Osservazioni critiche sulla disciplina giustinianea della locatio conductio*, in *St. Biondi* 2 (1965), p. 299; G. MacCormack, *Juristic Use of the Term Dolus: Contract*, in ZSS.100 (1983) R.A., p. 528.

(12) Così P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 48.

(13) Vd. a riguardo Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., pp. 191-192; M. Kaser, *Periculum locatoris* cit., in ZSS.74 (1957) R.A., p. 165.

(14) Di contrario avviso, ora, P. Apathy, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken* cit., in ZSS.111 (1994) R.A., p. 101 n. 33.

glio la stessa critica pomponiana. Pomponio, infatti, commentando l'opera di Sabino, affronta il problema dei vizi delle cose vendute, e trovatavi l'interpretazione più antica, sostanzialmente seguita da Sabino stesso, la critica, optando per la soluzione di Labeone, e rafforzando questa critica con il richiamo proprio della testimonianza di Minicio in base alla quale lo stesso Sabino avrebbe dato un parere analogo in caso di botti locate.

La soluzione labeoniana si dimostra coerente con la notizia di D.19,2,19,1 (15), e, così come aveva già fatto Servio, viene ad accordare, al giudizio di buona fede, una funzione diversa, che riflette una nozione più ampia della *fides bona*. Le botti vendute, se perdono liquidi, sono di per sè contrastanti con la ragione stessa del contratto, e non c'è bisogno di sapere se il venditore ne sia stato o meno *sciens* (16). La loro integrità è essenziale per la funzione che devono svolgere e per la quale vengono vendute (17), e di cui il venditore deve in ogni caso *stare praes*.

B. *Il* facere *'consueto' del* servus *ed i pericoli del venditore prima della consegna (D.19,1,54 pr.).*

Labeo l.2 *Pithan. a Paulo epit.* (D.19,1,54 pr.)
Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum (18) *descendere aut in cloacam demitti solitus esset. idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret qui peregre esset; nam certe ea res tuo periculo esse non debet. itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.*

a) Parere di Labeone.

Uno schiavo venduto da *Tu* si rompe una gamba nell'eseguire un suo ordine. La *fractio cruris* non viene considerata da Labeone un « pericolo » del venditore, se costui abbia ordinato ciò che il *servus* era solito fare prima della vendita, o, in alternativa, ciò che avrebbe comunque ordinato se non l'avesse venduto (19).

---

(15) Vd. A. PERNICE, *Labeo* cit., D, p. 243 n. 3; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., p. 165.

(16) Vd. ora, accentuando il ruolo della *fides bona* a fondamento della soluzione labeoniana, P. APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken* cit., in ZSS.111 (1994) R.A., p. 102; p. 104; p. 152. Sul rapporto tra questa regola e la cd. « Pothier rule » vd. ora R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 334-336; sul passo vd. anche p. 320.

(17) Gli autori che se ne sono occupati spiegano in vario modo il parere labeoniano, parlando ad es. di una garanzia tacita o implicita (A. PERNICE, *Labeo* cit., D, p. 243; G. IMPALLOMENI, *Applicazione del principio dell'affidamento* cit., p. 164), di criterio di « Risikoverteilung » dovuto ad una « ergänzende Auslegung » (U. VON LÜBTOW, *Zur Frage der Sachmängelhaftung* cit., p. 490), di *culpa in contrahendo* (P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris* cit., p. 4). Per una *ratio* fondata sulla funzione tipica della *res locata* vd. d'altronde P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 49; pp. 103-104; A.M. HONORÉ, *The History of the Aedilitian Actions from Roman to RomanDutch Law*, in *Studies de Zulueta* (1959), pp. 143-144; G. LONGO, *Osservazioni critiche* cit., p. 299; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., p. 155 n. 3; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 919. APATHY parla ora di « Auslegung des Kaufvertrags » (p. 104), in particolare di « sachgerechte Vertragsauslegung »; *Sachgerechtigkeit und Systemdenken* cit., p. 152.

(18) La corda dei funamboli; Svet., *Nero*, 11.

(19) La critica si sofferma soprattutto sul commento di Paolo; vd. soprattutto W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., pp. 274-276; J. PARIS, *Responsabilité pour custodia en droit romain* cit., pp. 209 sgg.; J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in AUPA.12 (1929), p. 149; (vd. gli altri autori cit. in *Index interpolationum* I, p. 355). Per la genuinità si schierano W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar (1925), Böhlau, pp. 17-18; CH. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, in RHD.6 (1927), pp. 236-237; E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 252. Per la dottrina più recente vd. H. VOGT, *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf* cit., in *Festschr. Koschaker* cit. II, pp. 162-163; E. BETTI, *Periculum* cit., in *St. de Francisci* II, pp. 182-183; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., II, p. 246; M. SARGENTI, *Problemi* cit., in SDHI.20 (1954), pp. 203-204; J. MIQUEL, *Periculum* cit., in ZSS.81 (1964) R.A., pp. 143-144; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in ZSS.89 (1972) R.A., p. 186; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 356 sg.; G. THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang* cit., in ZSS.106 (1989) R.A., pp. 311-312; P. VOCI, *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), pp. 84-85; I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., pp. 62-67;

Negli altri casi si deve presumere che l'ordine impartito portasse a considerare la frattura un suo pericolo. Il fatto che il passo non parli espressamente di un *praestare* potrebbe non sollevare perplessità, se l'ipotesi fosse trattata in relazione a ciò che possa o meno considerarsi *periculum emptoris*. Nel caso di specie, però, la particolarità sta nel fatto che si ribalta la normale prospettiva (si tratta cioè di sapere se il fatto sia 'a pericolo' del venditore) in quanto vi è stato un *iussum venditoris* che però non è ascritto a colpa. Questo potrebbe aver condizionato il ricorso a moduli linguistici diversi, come appunto il *periculo (tuo) esse*, in base ai quali, pur riconoscendosi od escludendosi un *actione empti teneri* del venditore, si preferisce non fondare ciò sul suo *praestare*, proprio perché, sebbene vi sia il *iussum*, esso non può essere ascritto ad una *culpa* (20).

Le interpretazioni che si sono avute del parere labeoniano oscillano di solito tra il criterio 'oggettivo' e quello 'soggettivo' per spiegare il riconoscimento del *periculum venditoris* (21). A riguardo ritengo però importante, al di là di qualifiche come tali estranee al modo labeoniano di rappresentarsi il problema, approfondire le due specifiche ipotesi in cui si esclude l'imputabilità al venditore del danno subìto dal *servus*, seppure conseguente ad un suo *iussum*. La correttezza del venditore sarebbe evidente quando egli imponga allo schiavo una delle sue consuete mansioni, o quando l'ordine sia dettato da circostanze di necessità, nel senso che *Tu* l'avrebbe comunque dato anche al *servus* non venduto. La *ratio* di quest'ultima ipotesi è chiara: chi fa correre allo schiavo dei pericoli che, se non venduto, non gli avrebbe fatto correre, tradisce proprio quella *fides bona* che fonda il suo vincolo giuridico con il compratore. Per la prima ipotesi, invece, la ragione del parere sembra più complessa: qui il contrasto con la *fides bona* si materializzerebbe nella 'deviazione' nell'attività ordinata allo schiavo venduto dalle mansioni che normalmente questo svolgeva prima della vendita. Tale deviazione rappresenterebbe un indizio del cambiato atteggiamento del *dominus*-venditore verso lo schiavo, mutamento che non si sarebbe giustificato agli occhi del giudizio di buona fede (22).

Per il giurista augusteo, in sostanza, il *periculum* che, dato il *iussum*, doveva essere messo a carico del venditore, è in questi casi del compratore, come di regola, perché non si rinviene nella condotta del primo un inadempimento della sua obbligazione di buona fede (23).

Ci si può chiedere se l'indicazione di due sole ipotesi, nelle quali il *iussum* non comporti la spettanza al venditore dei pericoli corsi dallo schiavo, implichi necessariamente che si riconoscesse in tutti gli altri casi un suo *teneri*. Ritengo che, vuoi la *ratio* dei due criteri visti, vuoi il commento critico di Paolo nella prospettiva di un giudizio sulla *culpa* del venditore fondato sul modello del « diligente padre di famiglia », debbano condurre ad una risposta positiva. Labeone, in sostanza, indicherebbe le uniche ipotesi nelle quali, avvenuto un *iussum venditoris*, non si determini l'accollo a questo dei 'pericoli' conseguenti (applicando quindi la regola del *periculum emptoris*), il che viene reso plasticamente in termini di non 'appartenenza' del pericolo (*periculo tuo non esse*).

M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 447 n. 1492; C.A. Cannata, *Una casistica della colpa* cit., in SDHI.58 (1992), pp. 420-421; A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 525.

(20) È corretto quindi parlare di « responsabilidad » del venditore; A. Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 525.

(21) Di ipotesi di « Gefahrtragung » e non di « Haftung » parla il Vogt, *Zur Gefahrtragung* cit., pp. 162-163; di « criterio obiettivo » M. Sargenti, *Problemi* cit., p. 203; di « *culpa* in concreto » R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 356-357; il Thielmann parla di « plausibeln Bezug auf die *culpa*-Haftung »; *Traditio und Gefahrübergang* cit., p. 312; di « diligenza comune » preferisce parlare il Voci, seppure questo A. non esclude che il giurista augusteo si ispirasse proprio al criterio della « *consuetudo patrisfamilias* »; *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), p. 84 e n. 87. Si è, anche, affermato che « il giurista sannita sfiora, ma non entra nell'ottica subiettivistica »; I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., p. 64.

(22) Per la de Falco l'esclusione di una « responsabilità » del venditore riposerebbe sulla « operatività simultanea dei due criteri che potremmo definire della ordinarietà, della consuetudinarietà delle operazioni, e della loro indispensabilità »; *Diligentiam praestare* cit., p. 64.

(23) In questo senso W. Kunkel, *Diligentia* cit., p. 275; per il Paris Labeone « indique tout simplement une manière d'agir différent de la conduite ordinaire du vendeur, et, portant, une violation de la bonne foi requise dans le contrat de bonne foi d'emptio venditio »; *Responsabilité* cit., p. 211.

b) Commento di Paolo.

Il giurista severiano dimostra, invece, di intendere il giudizio di buona fede tra compratore e venditore essenzialmente come giudizio sulla colpa. La critica nei confronti di Labeone presuppone questa 'chiusura', propria dell'epoca classica, che porta a riconoscere una valutazione meno articolata, ma cristallizzata su una direttiva unitaria, appunto quella della *culpa*, come mancata diligenza del padre di famiglia (24). Essa impone che l'attività, che si fa svolgere al *servus* dopo la vendita, possa essere solo una attività svolta « nell'interesse del compratore » (25). Questa chiusura è il sintomo, quindi, di una interpretazione unilaterale della *fides bona*, la cui violazione si riconosce quando il venditore non si sia adeguato al modello comportamentale del diligente, e quindi può considerarsi in colpa (26).

La 'normalità' del *facere* ordinato, e la 'necessarietà' dell'ordine, allora, non soddisfano più il giurista, perché è possibile, anche in queste due ipotesi, cogliere delle sfumature che rendano riprovevole il comportamento del venditore: così il continuare ad ordinare attività pericolose che lo schiavo era solito svolgere anche prima della vendita, come ad es. calarsi dalla fune o nella cloaca (27); o ordinare una *nova res*, che però sia strettamente collegata alle ragioni e alle modalità della vendita, come ad es. l'incarico di andare dal compratore che abita all'estero.

(24) È ingiustificato, quindi, reinterpretare il parere labeoniano alla luce di tale giudizio (A. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa* cit., p. 525), o considerare compilatorio il contenuto della *notatio* paolina; *contra* di recente I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., p. 66; ma vd. le giuste osservazioni di C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa* cit., pp. 420-421; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., (pross.pubbl. in *Iura* 43-44) cap. II § 6.

(25) E. BETTI, *Periculum* cit., p. 182.

(26) Interpolato per il KUNKEL il richiamo al *diligens paterfamilias*, *Diligentia* cit., p. 274; ma vedi lo stesso KUNKEL in JÖRS-KUNKEL, *Römische Privatrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg (1949 [3]), p. 179 n. 5; vd. ora P. VOCI, *Diligentia* cit., p. 84. Per l'emersione di un tale giudizio sulla colpa vd. *infra* X.3.

(27) L'esistenza della *culpa* si presume proprio dalla pericolosità dell'attività svolta; J. MIQUEL, *Periculum* cit., p. 144.

C. *La morte dello schiavo venduto prima della* traditio *e la* culpa venditoris (*D.19,1,13,22*).

Ulp.l.32 *ad ed.* (D.19,1,13,22)
Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Ulpiano ricorda come l'*actio empti* permettesse al venditore di ottenere il risarcimento delle « spese » sostenute prima della *traditio*. Egli fa l'esempio dei *sumptus* fatti *in re distracta* cioè per la manutenzione della *res*, come ad es. per gli edifici venduti. A questo riguardo il giurista severiano richiama quanto avevano scritto sia Trebazio che Labeone (28). Il compratore dovrà risarcire anche le spese fatte per curare il *servus* malato e per quelle sostenute *in disciplinas*, cioè negli insegnamenti impartitigli, purché, in quest'ultimo caso, sia « verosimile » che lo stesso compratore avrebbe affrontato la spesa. Solo per Labeone, poi, con l'azione di vendita sarebbe possibile conseguire anche i *sumptus* del funerale dello schiavo, a condizione, però, che la morte non sia dipesa da una *culpa* del venditore.

Va chiarito che il passo assume rilevanza in questa ricerca in quanto, nell'ultima ipotesi, sebbene nella prospettiva dell'*ex vendito teneri* del compratore per le spese funerarie sostenute dal venditore, si riconosce *a fortiori* l'applicazione della regola del *periculum emptoris* salvo il riconoscimento di una *culpa* del venditore. Il fatto che anche in questo caso non si parli espressamente di *culpam praestare* è perfettamente coerente con il punto

(28) Lo SCHERILLO ritiene di dover scambiare la posizione dei due giuristi; *La 'legis actio per iudicis arbitrive postulationem' e le origini del processo formulare*, in *Iura* 20 (1969), p. 31. Lo « *scribit* » sta per « *scribunt* »; lo ritiene « odd » il WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 93 n. 7.

di vista da cui si esamina l'intera questione, appunto quello dei doveri di rimborso del compratore per le spese sostenute sulla cosa dal venditore.

Ma vediamo più da vicino i problemi sollevati dal passo: i dubbi sono da un lato di natura formale (29), d'altro lato di natura sostanziale. In particolare riconoscendosi alle ipotesi delle « spese necessarie » un'originaria rilevanza, si è ritenuto di dovere espungere quella delle spese « utili » (*sumptus in disciplinas*) e quella delle spese funerarie (30). Si è altresì affermato che Labeone e Trebazio avrebbero dato questi pareri in relazione ad azioni diverse da quella *ex vendito*, cioè in relazione all'*actio negotiorum gestorum* per le spese delle prime tre ipotesi, e all'*actio funeraria* per quelle del funerale del *servus* (31).

(29) Vd. ad es. A. PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 188 n. 2; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in AUPA.7 (1920), p. 145; F. HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris* cit., in ZSS.48 (1928) R.A., pp. 403-404; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in T.8 (1928), p. 297.

(30) A. PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 188 n. 2 per motivi formali; HAYMANN, chiaramente condizionato dalla sua ricostruzione del *periculum* nella compravendita classica, considera difficile da giustificare su un piano meramente logico il riconoscimento da parte di Labeone non solo dell'obbligo a ripagare le spese per la manutenzione necessaria dell'immobile, ma altresì di quelle solo utili, ed infine che « der unglückliche Käufer, der gar nicht Eigentümer geworden und dem nicht übergeben worden ist, und der trotzdem für ein Nichts den Kaufpreis bezahlen muß, den er nur für einen lebenden Sklaven versprochen hat, nun außerdem noch Unkosten den Verkäufer ersetzen soll, die erst nach dem Untergang der Kaufsache notwendig wurden »; *Zur Klassizität* cit., in ZSS.48 (1928) R.A., p. 405. Il WEYAND ha ancora dubbi sui *sumptus in disciplinas*; *Kaufverständnis una Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in T.51 (1983), p. 250 n. 132.

(31) L'ipotesi è del BIONDI, *Iudicia bonae fidei* cit., in AUPA.7 (1920), pp. 145-146. Questo A., partendo da un presunto contrasto del fr. in esame con la sentenza di Sesto Elio e Druso riportata in D.19,1,38,1 e con D.18,6,1,3, afferma che: « le spese anche necessarie fatte dal venditore sulla casa non ancora consegnata esorbitavano del tutto dalla responsabilità contrattuale per quanto basata / sulla '*bona fides*', potevano esservi attratte solo in connessione e come effetto di una responsabilità derivante da contratto, quale è quella che ha luogo in caso di '*mora accipiendi*' del compratore. All'infuori di questa ipotesi, che non è certo contemplata nel fr. in esame, per le spese sia utili che necessarie fatte dal venditore '*ante traditionem*', sono altri principi ed altri istituti che vengono in considerazione ». Rifacendosi a D.25,1,12 dove si afferma che il marito per le spese fatte sulle *res dotales* non deve agire *rei uxoriae*, ma *negotiorum gestorum* continua: « ritengo... che i giuristi dovessero collocarsi dal punto di vista dell'applicabilità o meno dell'*a.neg.gest.* in

Ai rilievi relativi al tipo di azione, può essere obbiettato che nella fattispecie in esame il venditore gestirebbe una cosa di sua proprietà, il che forse, data anche la natura sussidiaria dell'*actio negotiorum gestorum*, doveva far preferire l'azione contrattuale (32). Rispetto poi all'*actio funeraria*, è certo che nell'alternativa Labeone avrebbe preferito l'*actio venditi* in base a quanto dice Ulpiano in l.25 *ad ed.* (D.11,7,14,12): « *Labeo ait, quotiens quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse...* » (vd. altresì § 15 *in f.*), il che conferma quanto già il giurista afferma per la vendita di eredità (Ulp.l.49 *ad Sab.* D.18,4,2,17).

Rispetto poi alla *ratio* del parere, si è affermato che non sembrano esistere particolari difficoltà per considerare tutte le ipotesi del fr. risolte già nel modo testimoniato, perché si tratterebbe di sapere quali sono le spese sulla cosa comprata che il compratore deve sopportare anche prima della consegna, e si individuerebbero in quelle spese fatte secondo buona fede dal venditore (33).

Proprio la 'necessarietà' dei *sumptus* per la « manutenzione » degli edifici venduti e per la cura dello schiavo malato porte-

generale e dell'*a.funeraria* per il *funus servi...* I compilatori invece vollero attrarre nella sfera della responsabilità contrattuale le spese fatte dal venditore *ante traditionem* ».

(32) Il WEYAND giunge a questa conclusione accentuando però l'assenza di un *utiliter coeptum*; *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., in T.51 (1983), pp. 250-251 n. 133.

(33) Vd. E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in ZSS.42 (1921) R.A., pp. 548-549; E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 262 n. 3; P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.60 (1940) R.A., p. 8 e n. 1; pp. 16-17 n. 2; p. 62; e più di recente A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., p. 93; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., pp. 171-172; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., p. 186; T. GIARO, *Excusatio necessitatis* cit., p. 170; W. ERNST, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.99 (1982) R.A., p. 243 e n. 95; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., in T.51 (1983), pp. 250-251; P. APATHY, *Mora accipiendi und Schadenersatz*, in ZSS.101 (1984) R.A., p. 197; R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS.105 (1988), p. 517; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 277-278 e n. 39; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., p. 453 e n. 1558. Sulla terminologia romana delle spese vd. J. RESZCZYNKI, *Impendere, impensa, impendium (sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in SDHI.55 (1989), pp. 191 sgg.

rebbe a ritenerle come eventualità poste a carico del compratore (34). Per le *impensae in disciplinas*, che si riferiscono a spese utili, il giurista ricorrerebbe, invece, ad un criterio diverso, in base al quale è possibile imputarle al compratore se sembri « verosimile » che ciò sia conforme alla sua volontà, cioè conforme ai suoi interessi ed ai fini per i quali acquista lo schiavo. Si può pensare ad es. all'intenzione non espressa, ma implicita, di utilizzare il *servus* in una certa attività artigianale, per la quale è necessario un periodo di apprendistato, o di continuare ad utilizzarlo in attività che richiedono una certa forma fisica.

Infine, per i *sumptus* del funerale dello schiavo, ipotesi che Trebazio non prendeva in considerazione e a cui Labeone estende il ragionamento in esame, la loro risarcibilità si collega con la regola del *periculum est emptoris*, purché la morte stessa non sia imputabile ad una colpa del venditore.

Queste soluzioni, come per quella di D.19,1,54 pr., si collegano ad una *ratio* per noi comprensibile, in quanto si fondano su una articolazione di criteri, che sottintendono e si collegano, indirettamente o direttamente, alla regola del *periculum emptoris*. I tentativi fatti, di spiegare queste soluzioni ricorrendo ai concetti moderni di *Versicherungshaftung* (35) e di « autoresponsabilità » (36), dimostrano, poi, come sia sentita inadeguata dall'interprete moderno una loro interpretazione con il filtro esclusivo della responsabilità per colpa.

Il confronto con D.19,1,54 pr. permette, infatti, di riconoscere l'applicazione dei criteri della 'normalità' e della 'necessarietà', che estendono l'àmbito del *periculum emptoris* a ciò che il compratore si deve 'verosimilmente' aspettare. Per ciò, anche le spese 'normali' e 'necessarie', come *incommoda*, spettano, così come i *commoda*, al compratore (vd. *Frag. Vat.* 2; C.4,49,16) (37). Questa regola trova nella *culpa venditoris* il suo naturale correttivo (38).

(34) Il WEYAND al contrario ritiene che riguardo alle *impensae* erogate *in aedificia distracta* si potessero avere « sowohl notwendige als auch bloß nützliche Verwendungen »; *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., in T.51 (1983), p. 250. A ben vedere però qui non si tratta di spese per una normale manutenzione, che potrebbe anche comprendere dei piccoli miglioramenti allo stabile, ma di manutenzione e di rifacimento necessari per la salvezza della *res* venduta, per la ricomposizione della *distractio* che condiziona l'intervento del venditore.

(35) P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.60 (1940) R.A., p. 62; su questo concetto vd. però *supra* Introduzione 2.E.

(36) E. BETTI, *Periculum* cit., p. 181; su questo concetto vd. però *supra* Introduzione 2.E.

D. *Estensione pattizia del* praestare *del venditore del raccolto* in herbis *alle conseguenze della* vis aut tempestas *e il criterio delle eventualità* contra consuetudinem.

Labeo l.4 *post. a Iav. epit.* (D.18,1,78,3)

Frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi teco ex empto poterit.

Questa testimonianza, tratta dalla cd. serie-*Labeo* della epitome di Giavoleno dei *posteriores*, non sembra evidenziare interventi sostanziali del giurista epitomatore (39). Ci troviamo di fronte alla compera del raccolto *in herbis* (40); il compratore, che normalmente si accolla il pericolo della differenza tra raccolto effettivamente ottenuto e prezzo fissato quando quello era *in herbis*, conclude con il venditore un patto, in base al quale quest'ultimo lo garantisce rispetto alle conseguenze della *vis* e della *tempestas* (41). I *frumenta* subiscono dei danni per delle *nives*. Il

(37) Vd. S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung* cit., pp. 250 sg.; R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., in ZSS.105 (1988) R.A., pp. 523 sgg.

(38) Giustamente il MACCORMACK accentua come l'indagine sulla colpa fosse la « via naturale » per risolvere il caso e che valutare la fattispecie in termini di *custodiam praestare* sarebbe stato fuori luogo; *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., p. 186.

(39) Il passo non pone a mio avviso un problema di interpolazioni (che invece ipotizzano E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 126 nt. 2; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* cit. IV, p. 131) quanto di sintesi da parte di Giavoleno, senza che questo implichi una modificazione della questione giuridica e dei termini utilizzati; cfr. da ultimo sui problemi delle due serie della epitome ai *posteriores* D. MANTOVANI, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in *Labeo* 34 (1988), pp. 271 sgg.

(40) Il TALAMANCA la qualifica come una *emptio spei*; *Vendita* cit., p. 455 n. 1576.

(41) L'interpretazione del TALAMANCA (*Vendita* cit., p. 455 n. 1576) diretta a svalutare l'uso del « *praestaturum* » in base ad una sua presunta estraneità al pro-

giurista valuta se l'ipotesi possa rientrare nel *praestare* assunto con la *lex venditionis* dal venditore. Labeone ritiene che il compratore sia coperto solo se le *nives* siano state eccessive (*immoderatae*) e *contra consuetudinem*. Il passo nulla dice su cosa ottiene il compratore con l'azione *ex empto*, ed in particolare se il venditore risponda nei limiti del prezzo o anche dell'interesse positivo dell'*emptor* del raccolto (42). Il fatto che qui si tratti di *vis* non esclude a priori, data la specifica assunzione di garanzia, che il venditore, come in D.19,1,6,4 pr., possa essere condannato ad una somma maggiore del valore del prezzo (ad es. comprensiva delle spese sostenute o del lucro cessante).

Sia il profilo 'quantitativo' delle conseguenze della tempesta, sia quello 'qualitativo' della sua straordinarietà, evidenziano una prospettiva analoga alla reinterpretazione del criterio serviano in D.19,2,15,2. Non è certo possibile dedurre da ciò la paternità labeoniana del criterio dell'*extra consuetudinem* del passo di Ulpiano, ma certamente si precisa l'emersione storica di una concezione giuridica della *vis* che indubbiamente ne evidenzia il collegamento con la « straordinarietà ».

La « consuetudine » dell'avvenimento serve, infatti, a precisare ciò che è *vis* da ciò che non lo è, inserendo nel processo argomentativo del *iurisperitus* un giudizio di prevedibilità, che nei casi normali aumenterebbe 'l'iniquità' di un *teneri* del contraente rispetto ad accadimenti che non sono consueti e che quindi non ci si può aspettare. D'altronde che proprio Labeone accentui per la *vis* una tale prospettiva è evidente nelle due soluzioni del giurista augusteo in materia di *receptum nautarum* (D.4,9,3,1) e *cautio damni infecti* (D.39,2,24,3), dove a fronte di obblighi non tutelati in termini di *oportere ex fide bona,* si ricorre all'*aequitas*

blema che in realtà si vorrebbe risolvere, cioè quello del 'rischio', conferma l'opportunità, sottolineata nell'Introduzione, di rinunciare all'uso del concetto di 'responsabilità' in senso stretto, per un'epoca nella quale non si è ancora formata la regola dell'esclusività del *dolum et culpam praestare*. Lo ZIMMERMANN parla appunto di « liability arising from *dicta in venditione* »; *The Law of Obligations* cit., p. 309 e n. 103.

(42) Per il TALAMANCA vi sarebbe stata la possibilità di ottenere solo il prezzo; *Vendita* cit., p. 455 n. 1576.

per liberare rispettivamente il *nauta* ed il *promissor* dall'obbligo di tenere immune la controparte dal danno prodottosi (43).

Nel caso in esame, però, data l'estensione pattizia del *praestare* del venditore alla *vis aut tempestas*, la prospettiva è diversa, ed in particolare è quella di cosa rientri nella speciale garanzia. La valutazione di Labeone non conduce ad uno spostamento in blocco dei pericoli del perimento del raccolto; di nuovo, come si è visto in D.19,1,54 pr. e in D.19,1,13,22, una serie di eventualità, nel quadro della *fides bona*, sono a carico del compratore in quanto collegate al 'consueto e normale' evolversi delle circostanze relative alla cosa venduta. Questo criterio, visto nei §§ precedenti nella prospettiva della imputazione o meno al venditore di alcuni « pericoli », viene però in esame nella L.78,3 rispetto alla delimitazione della assunzione pattizia da parte di quest'ultimo di un *vim praestare*. Il venditore impegnandosi espressamente a *vim aut tempestatem praestare*, non si obbliga per ciò stesso a garantire e a rispondere di ogni tipo di danno al raccolto, il patto non elimina, cioè, l'operatività del *periculum emptoris*, seppure quest'ultima sia ridimensionata dal tenore della clausola. Si cerca, invece, di delimitare il contenuto dello *stare praes* in base al significato specifico che, secondo il giurista, va riconosciuto al concetto di *vis*, ponendo a carico del compratore tutti quegli accadimenti che, esterni al controllo del venditore, non possano ascriversi a *vis*, in quanto eventi naturali non *contra consuetudinem*.

Che rapporto c'è tra l'*extra consuetudinem* di D.19,2,15,2 ed il *contra consuetudinem* labeoniano?

Ritengo che entrambi esprimano lo sforzo di individuare come parametro di valutazione dell'accadimento quello del 'norma-

(43) Vd. TH. MAYER-MALY, *Höhere Gewalt* cit., in *Festschr. Steinwenter*, p. 62; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der 'vis maior'* cit., in *Iura* 32 (1981), p. 78; T. GIARO, *Il limite della responsabilità 'ex cautione damni infecti'* cit., in BIDR.78 (1975), p. 278; ID., *Excusatio necessitatis* cit. p. 69; ID., Rec. a J.W. PICHLER, *Necessitas*, in ZSS.102 (1985), pp. 739 sgg.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*[3] cit., p. 336 n. 67 *in fine*; vd. da ultimo W. ERNST, *Wandlungen des 'vis maior'-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft* cit., in *Index* 22 (1994), pp. 296-297.

le' svolgersi delle forze della natura. Attraverso queste formulazioni il concetto di *vis aut tempestas* acquista il significato di eventualità « straordinaria » nel primo caso, e « contraria a ciò che accade di consueto » nel secondo. Il *contra consuetudinem* di Labeone è sicuramente più forte nell'esprimere la natura insueta dell'accaduto, in quanto non basta che esso fuoriesca dall'ordinario, ma è necessario che vi si contrapponga.

A riguardo potrebbe avere avuto una certa influenza la nozione aristotelica di βία (44), nel senso di παρὰ φύσιν (45). In particolare il giurista augusteo, che altrove qualifica l'*ostentum* (Ulp.l.25 *ad ed.*; D.50,16,38) e il *morbus* (Gell. *noct. att.* 4,2,3) espressamente come eventi *contra naturam*, in questo caso accentuerebbe nel significato del concetto di *vis* il contrasto della tempesta al consueto svolgersi delle « forze naturali » (46).

---

(44) In dottrina, entro una prospettiva attenta ai profili metodologici della *iurisprudentia* romana, si presenta solitamente Labeone come un momento particolare della scienza giuridica, sintesi irripetibile della cultura giuridica, filosofica e filologica dell'antichità; a riguardo, rispetto a problemi specifici, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli (1971), Jovene, pp. 71-87 e p. 94; ID., *Giuristi e nobili* cit., pp. 161-182 (testo); pp. 235-241 (note); M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'* cit., pp. 251 sgg.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie* [2] cit., pp. 180 sgg.; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., pp. 142 sgg.; ID., *Causa mortis* cit., pp. 160 sgg. D'altronde da un punto di vista più strettamente storico l'edizione di Andronico di Rodi delle opere di Aristotele, condotte a Roma da Silla era sicuramente circolante nell'età augustea (cfr. P. MOREAUX, *Der Aristotelismus bei den Griechen von Andronikos bis Alexander von Aphrodisias. I. Die Renaissance des Aristotelismus in I Jh.v.C.*, Berlin/New York (1973), De Gruyter, pp. 45 sgg.).

(45) La concezione 'fisica' della βία in Aristotele, che individua l'àmbito di quest'ultima nel primo membro della contrapposizione παρὰ / κατὰ φύσιν (su cui vd. nella riflessione sul « movimento » (κίνησις) *Phys.* IV.8.215a 2-7 Ross; *de coelo* III.2.300a 20-28 Allan) si trova immutata sia nelle sue opere etiche, nel giudizio di « lode » o di « biasimo » della condotta umana, dove distinti gli atti volontari (ἑκούσιον) da quelli involontari (ἀκούσιον), si includono in quest'ultimi quelli causati dalla βία; *Eth. Nic.*III.1109b 35 sgg. Bywater; *Eth.Eud.* 1224a 10 Walzer/Mingay (1991); *Eth. Meg.* I.14.1188a 35-1188b 10 Susemihl; sia in quelle di retorica, nell'elenco delle πίστεις ἔντεχνοι, dove si individuano sette αἰτίαι di ogni comportamento umano, tra le quali anche quello dovuto alla βία (*Rhet.* I.10.1368b 32 sgg. Ross), che viene definita proprio come παρὰ φύσιν (1370a 9); cfr. a riguardo R. MASCHKE, *Die Willenslehre im griechischen Recht* cit., pp. 137 sgg.; e sulla βία pp. 148 sgg.; come sintesi della generale discussione sull'opera aristotelica vd. H. FLASHAR, *Die Philosophie der Antike B. III Ältere Akademie Arist. Peripatos*, Basel/Stuttgart (1983), pp. 175 sgg.

(46) Sulla definizione di *ostentum* come *contra naturam* vd. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano (1937),

E. *Il* culpam praestare, *il* meo/tuo.. periculo esse *del venditore ed il* periculum emptoris *in Labeone*.

I paragrafi che precedono permettono con sufficiente sicurezza di ricostruire la *ratio* che informa i pareri labeoniani in tema di compravendita, ed in particolare in relazione al riconoscimento ed alla delimitazione del *praestare* del venditore che si inserisce, mitigandolo, in un sistema tutto centrato sul *periculum emptoris*.

Con Labeone è ripresa quella strada già vista in Q.Mucio, e che era stata solo in parte ridimensionata nei responsi tratti dai *Digesta* di Alfeno, dove l'applicazione della regola sul *periculum emptoris* trova, oltre che nella *culpa venditoris*, un temperamento nel ricorso anche nell'*emptio venditio* del *praestare* del venditore, come debitore-proprietario fino alla *traditio* della cosa venduta. Con il giurista augusteo si pone come essenziale la regola del *periculum emptoris*, per poi indicare le ipotesi nelle quali il perimento della *res* sia invece da porre a carico del venditore e tra queste *in primis* la *culpa*.

La maturazione di questa concezione è guidata da un'idea di *fides bona* che è propria del contratto tipico che essa fonda. L'ampiezza dell'applicazione del *periculum emptoris*, in sostanza, sarebbe conseguenza diretta di questa idea, la quale vede nel compratore il naturale destinatario, fin dalla conclusione del contratto, di ogni destino della cosa che non possa essere imputato al venditore in base alla *culpa* (D.19,1,13,22). Al *culpam praestare* come correttivo del *periculum emptoris*, d'altronde, si affianca un'altra ragione di riconoscimento dell'*actione empti teneri* del venditore, quella dell'« essere a suo pericolo » (⟨*suo*⟩ *periculo esse*), la quale a sua volta è reinterpretata alla luce del criterio del 'normale e consueto', riconoscendosi il *teneri* del venditore non solo quando ci si è allontanati dal modello dell'uomo diligente (*culpam praestare*), ma anche quando si è intervenuti, deviandolo, sul normale e consueto evolversi delle circostanze relative alla *res*

Vita e pensiero, p. 41. Sul rapporto tra la concezione labeoniana del *morbus* come *contra naturam* e la discussione delle scuole ellenistiche di medicina M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main (1981), Klostermann, pp. 115-116.

venduta, sebbene non si possa in questi casi parlare di *culpa* (D.19,1,54 pr.).

Tra i due correttivi alla regola del *periculum emptoris* sembra emergere così una differenza sostanziale, che lo stesso Labeone esprimerebbe ricorrendo a due moduli linguistici diversi: *culpam praestare* e *periculo (tuo..) esse*. Come vedremo nei prossimi paragrafi, questa lettura risulterà coerente con una serie di pareri del giurista augusteo, nei quali si evidenzia la separazione tra problema del *praestare* (*dolus et culpa*) e problema del *periculum/o meum/o (tuum/o...) esse*, entrambi unificati comunque nella prospettiva dell'*actione teneri*.

La concezione della funzione di scambio si realizza 'in potenza' con l'*emptio venditio*, in base alla quale la *res empta*, sebbene dal punto di vista del *dominium* e della *possessio* sia del venditore, risulta, sul piano delle *obligationes* fondate sulla *fides bona*, *res emptoris* con la conclusione dell'accordo su cosa e prezzo. Ciò è alla base della regola sul *periculum emptoris*, e sul corollario *commodum eius esse debet cuius periculum est* (47). Se da un lato, allora, l'*emptor*, pur non essendo ancora *dominus*, né possessore della *res*, sarà comunque tenuto a pagare il prezzo della cosa perita (inesistenza del cd. synallagma funzionale), d'altro lato, proprio la *fides bona*, almeno secondo Labeone, non permetterebbe, nell'ipotesi contraria, che il venditore sia obbligato ugualmente a consegnare la *res* venduta, una volta che il compratore non sia più tenuto, per un qualche « beneficio » di

(47) Parlare a riguardo del compratore come « wirtschaftlicher Eigentümer » (F. Peters, *Periculum emptoris* cit., in *Iuris Professio. Festg. Kaser* cit., p. 223) svaluta la prospettiva più eminentemente giuridica che determina la regola sul *periculum emptoris*; sulla difficoltà di eliminare tale pregiudizio pesa la rilettura della regola con il filtro del principio del *casum sentit dominus*; opportunamente l'Ernst rileva che il compratore sarebbe 'proprietario' della cosa non « im sachenrechtlichen Sinne, aber doch den Vermögenshernn, da im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon aufgrund des Kaufvertrags im Vermögen des Käufers steht »; *Periculum emptoris* cit., in ZSS.99 (1982) R.A., p. 245; per una critica alla spiegazione del *periculum emptoris* in chiave di *casum sentit dominus* vd. ora M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 459; M. Pennitz, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf* cit., in T.62 (1994), p. 255 n. 15; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10.

legge, a pagarne il prezzo (D.19,1,50) (cd. synallagma funzionale) (48). Le due posizioni, d'acquirente e di venditore, sono profondamente diverse e non interscambiabili ai fini della sinallagmaticità del rapporto, in quanto riflettono due diversi interessi, di cui la *fides bona* impone di tener conto in modo differenziato (49).

4. *Il contenuto del* praestare, *il* periculum meum (tuum...) esse *ed il concorso di* causae *come momenti diversi dell'*actione teneri *nella locazione.*

A. *Il* periculum conductoris *in una* locatio rivi faciendi *(D.19,2,62).*

Lab. 1.1 *Pithan. a Paul. epit.* (D.19,2,62)
Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

(48) Labeo, 1.4 *post. a Iav. epit.*: *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam rei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret...* A riguardo fondamentale G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] cit., pp. 210-215; sul passo cfr. altresì H. Vogt, *Zur Gefahrtragung* cit., pp. 166-167; e H. Benöhr, *Das sog. Synallagma* cit., pp. 81 sgg. dove anche la discussione della letteratura precedente; vd. ora anche M. Sargenti, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), pp. 38-40; M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 376; il Gallo, (*Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 215 n. 144 e pp. 217 sgg.) ritiene erroneo considerare la soluzione data da Labeone per la fase *ante traditionem* come in contrasto con il principio del *periculum est emptoris*, perché, in realtà, « l'identificazione, che è sottesa a tale individuazione [sc. della contraddizione], tra il *beneficium legis*, che libera il compratore dall'obbligo di corrispondere il prezzo, ed il perimento fortuito della cosa che dovrebbe liberare il venditore dall'obbligo della relativa consegna, esiste sul piano della logica astratta, ma non su quello degli interessi delle parti... » (p. 220); vd. a riguardo n. successiva.

(49) Il Gallo accentua, invece, la differenza tra le ipotesi di perimento fortuito e quella di D.19,1,50 sul 'beneficio di legge'; *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 220-221. A riguardo, però, va detto che, a motivazione della soluzione, Labeone non pone la particolare causa di liberazione del compratore, cioè il 'beneficio di legge', ma richiama la *fides bona*, la quale è proprio il fondamento dell'*ultro citroque obligatio* derivante dalla compravendita. Si deve quindi ritenere che tale motivazione sembri astrarre l'ipotesi esaminata dalla particolare causa di liberazione del

a) Parere di Labeone.

L'esempio (50), descritto sinteticamente, permette di sapere due cose importanti: *a*) che si tratta di un *opus aversione locatum*, in base al richiamo alla *probatio* (51); *b*) che l'opera commissionata, il *rivum*, è già stata materialmente compiuta (*feceras*) (52). Per *rivum facere* deve intendersi la costruzione di un canale, sia come escavazione della fossa, che come sopraelevazione degli argini (53).

compratore dall'obbligo di pagare il prezzo, per accentuare la differente posizione dei due contraenti, coerente proprio alla particolare funzione del contratto e alla rilevanza in questo caso del sinallagma funzionale; vd. in questo senso G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] cit., pp. 212-213; 214-215; e ora M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 376.

(50) Sebbene l'opera appartenga al genere definito dallo Schulz delle « problematischen Schriften » (*Geschichte* cit., p. 286), la dottrina romanistica ha già da tempo sottolineato la sua peculiarità nel quadro della letteratura giuridica del tempo, venendosi a creare in essa un rapporto tra caso concreto e soluzione giuridica sostanzialmente nuovo, e dove quest'ultima sembra assumere una caratterizzazione paradigmatica, condizionata dalla « plausibilità / probabilità » della soluzione proposta; cfr. A. Pernice, *Labeo* cit., A, pp. 35-40; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae* cit., II.1, pp. 148-151; P. Jörs, *M.Antistius Labeo*, in PWRE. I,2 (1894), coll. 2551-2552;; vd. più di recente, con posizioni divergenti, M. Bretone, *Ricerche labeoniane. 'Pithanà'* cit., in *Par. passato* XXVIII (1973), pp. 170 sgg. [= *Tecniche e ideologie*[2] cit., pp. 147 sgg.]; M. Talamanca, *I Pithanà di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* 26 (1975), p. 35; B. Schmidlin, *Horoi, pithanà und regulae zum Einfluß der Rhetoric auf die juristische Regelbildung*, in ANRW. II 15 (1976), p. 114; J. Thomas, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, in *Daube Noster* (1974), pp. 317 sgg.; S. Tondo, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura* 30 (1979), pp. 58-62; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni* cit., pp. 119-125.

(51) Sul concetto di *opus aversione locatum* e sul ricorso necessario in queste locazioni al collaudo finale vd. R. Samter, *Probatio operis*, in ZSS.26 (1905), R.A., pp. 125 sgg.; F.M. de Robertis, *I rapporti di lavoro* cit., p. 160; Th. Mayer Maly, *Locatio conductio* cit., pp. 40-41; L. Amirante, *Ricerche* cit., pp. 81 sg.; E. Betti, *Periculum* cit., pp. 185 sgg.; C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 151 sgg.; J.A.C. Thomas, *Building Contracts* cit., pp. 679 sgg.; S.D. Martin, *A Reconsideration of probatio operis*, in ZSS.103 (1986), R.A., p. 336; J.M. Rainer, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag*, in ZSS.109 (1992) R.A., pp. 508-513.

(52) Già C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 219.

(53) Così anche R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 401. In questo senso, il secondo significato ricordato da Festo *de verb. sign.* (Lindsay p. 336): *Rivus vulgo appellatur tenuis fluor aquae, non specu incilioque factus, verum naturali suo impetu. Sed ii rivi dicuntur, qui manu facti sunt, sive super terram fossa, sive subter, specu, cuius vocaboli origo ex Graeco pendet.* In Ulp. (D.43,21,1,2) si ha una definizione che tralascia il significato di *opus manu factum*: *'Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat, cui nomen est ἀπὸ τοῦ ῥεῖν'*. Su questo passo ulpianeo, rispetto ad un possibile nesso tra la parola latina e quella greca in Labeone vd. M. Bretone, *Tecniche e ideologie*[2] cit., p. 189. Nel senso specifico di acquedotto S.D. Martin, *The Roman Jurists and the organization of Private Building in the Late Rep. and Early Empire*, Bruxelles (1989) [Latomus v.204], pp. 91-92; J.M. Rainer, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., p. 518.

Sulla portata che *labes* ha in questo passo la dottrina non è concorde: da un lato, in base al ricorrere della parola *periculum*, la si ritiene un accadimento irresistibile ed estraneo al potere di controllo del conduttore (54); d'altro lato si afferma che in questo caso la *labes*, avvenuta una volta compiuta l'opera, sarebbe necessariamente la conseguenza di un difetto della costruzione (55). A seconda che si acceda alla prima o alla seconda interpretazione, *periculum* assume un diverso significato: nel primo caso esso esprime la frana irresistibile, nell'altro quella dovuta ad una cattiva esecuzione dell'*opus*.

Entrambe le interpretazioni sono però criticabili per la assolutezza delle loro conclusioni: da un lato, infatti, *periculum* fa qui riferimento al « pericolo della frana dell'opera », senza significare una percezione della causa della frana limitata a quella costituita da una *vis*; d'altro lato, il fatto che l'opera crollata fosse già stata materialmente compiuta, non impedisce di ipotizzare una frana dovuta non tanto ad un difetto interno alla costruzione, quanto ad una « forza » esterna.

A mio avviso se il tenore del passo giustifica in un certo qual modo ciascuna di queste due interpretazioni (56), il fatto che si

(54) M. Kaser, *Periculum locatoris* cit., pp. 188 sg.; R. Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrag*, in SDHI.34 (1968), p. 206; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, pp. 886-887; P. Ries, *Bauverträge im römischen Recht*, Diss. München (1989), p. 133.

(55) C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 219 sgg.; F. Wubbe, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *L'Homme dans son environment- Mensch u. Umwelt* (*Festg. Rechts- Wirtsch. und Soz. Univ. Freiburg zum Schweiz. Juristentag*) (1980), pp. 131 sgg.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti* cit., p. 123.

(56) Accentuano questa possibilità ora S.D. Martin, *The Roman Jurists* cit., p. 91; M. Pennitz, *Der 'Enteignungsfall'* cit., pp. 227-228.

parli esclusivamente di « frana », deve interpretarsi come una scelta consapevole del giurista, il quale decide di non approfondire le cause della *labes*, e di riconoscere comunque nel suo verificarsi un pericolo del conduttore. Si ritiene in sostanza che la frana dell'opera terminata, ma non ancora collaudata, sia sempre un « pericolo » del costruttore, qualsiasi ne sia stata la ragione (57). Le interpretazioni sopra viste, cercando di spiegare la soluzione attraverso l'uso dei concetti distinti di 'responsabilità' per colpa e di 'rischio', possono falsarla, attraendola in una o l'altra delle due prospettive, rendendo più difficile la nostra comprensione del parere labeoniano.

Bisogna, invece, tener in conto da un lato che Labeone ricorre, come abbiamo visto, quando lo ritiene opportuno al concetto di *vis*, accordandogli altresì un significato preciso; d'altro lato che egli conosce la distinzione, applicata ad un caso di *cautio damni infecti*, tra *vitium loci* e *vitium operis* (D.39,2,15,10) (58). In sostanza la mancata qualificazione della *labes* in termini di *vis* o di *vitium*, nelle due accezioni possibili, è collegata al modo in cui Labeone ritiene di dover risolvere la fattispecie (59). Il giurista vuole fornire alla prassi una soluzione « persuasiva e plausibile » (πιθανός) in relazione all'ipotesi analizzata (60), e ritiene di dover riconoscere in caso di crollo prima del collaudo un « pericolo » tipico del conduttore obbligato secondo buona fede a costruire il *rivum* (61).

(57) A riguardo, va menzionata l'interpretazione dell'ARANGIO-RUIZ, il quale, svalutando l'interpretazione della *labes* in termini esclusivi di *vis maior*, non accede però all'opposta tesi che la consideri frutto di una condotta colposa del *conductor*: « Comunque il non aver il giurista (sc. Labeone) distinto fra le due ipotesi [sc. *vitium loci o vitium operis*] è buon argomento per ritenere che nel suo pensiero esse si confondessero sotto l'unica regola del *periculum conductoris* »; *Responsabilità contrattuale* cit., pp. 189-190; nel senso qui proposto vd. ora W. ERNST, *Periculum conductoris. Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der 'locatio conductio'*, in *Festschr. Lange* (1992), p. 61.

(58) Cfr. per questo rilievo S.D. MARTIN, *The Roman Jurists* cit., pp. 90-92.

(59) Vd. in questo senso anche J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., pp. 522-523.

(60) Così esattamente L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti* cit., p. 123.

(61) L'unilaterale interpretazione del THOMAS, che qui *periculum conductoris* vada inteso solo nel senso che quest'ultimo: « has no full title to his *merces* until the *opus* has been certified *perfectum* through *probatio* »; *Buildings Contracts* cit., p. 681, non trova alcuna giustificazione nel passo.

Ma qual è il fondamento giuridico di una tale soluzione? In dottrina è stato ipotizzato uno suo stretto rapporto con la *mutatio dominii* della *materia aedificandi* che, a differenza di Sabino (D.18,1,20) (62), Labeone non avrebbe considerato avvenuta automaticamente con l'inizio della costruzione sul fondo altrui (63). In realtà però, prima di Sabino, non sembra rendersi chiara una posizione, *in primis* labeoniana, riguardo all'appartenenza o meno dell'*opus* al *conductor* fino al collaudo (64).

Più convincente spiegazione, a mio avviso, è possibile proporre se ci si sgancia da una prospettiva caratterizzata dalla proprietà dell'*opus* in costruzione, per collegare questo parere al particolare modo del giurista di valutare l'obbligazione del conduttore nascente da una locazione dell'*opus* alla luce della

(62) Pomp. l.9 *ad Sab.: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur*; sul passo vd. ad es. U. BRASIELLO, *L'unitarietà* cit., in RISG.2 (1927), p. 568; L. AMIRANTE, *Ricerche* cit., pp. 96 sgg.

(63) La tesi è del DE ROBERTIS (*I rapporti di lavoro nel diritto romano* cit., pp. 155 sgg.), ma vi accede, seppure in modo più sfumato, anche l'ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 192).

(64) La nostra conoscenza delle concezioni presabiniane della locazione edilizia è priva di qualsiasi punto di riferimento, non avendo fondamento in alcuna testimonianza la supposizione che si potesse considerare la commissione di una costruzione sul proprio suolo, senza la fornitura di altri materiali oltre quelli presenti nell'*area*, in modo differente da Sabino. D'altronde l'unico passo, se non ho visto male, che potrebbe forse fornire un qualche appiglio a questa ipotesi, ricorda come proprio Sabino fosse d'accordo con Labeone nel negare l'estensione del *dominium* del proprietario della parete alla costruzione su questa fatta dal vicino, imponendo quindi di ricercare nelle peculiarità della fattispecie le ragioni del limite al diritto di accessione per *inaedificatio*, ed in particolare nel fatto che il vicino non costruirebbe « *in solo* », che avrebbe in Labeone e Sabino un significato più specifico rispetto a Proculo; Pomp. l.33 *ad Sab.* (D.41,1,28): *Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium eius id quod aedificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt: sed Proculus tuum proprium quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset: quod verius est*. Cfr. sul passo E.C. SILVEIRA MARCHI, *A propriedade horizontal no direito romano*, São Paulo (1985), pp. 124-127; F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano (1988), Giuffrè, pp. 126 sg. dove anche la discussione della precedente letteratura.

fides bona (65). Labeone, più che privilegiare il *ius soli* o il *ius materiae*, risolve la questione coerentemente alla sua nozione di *opus* come ἀποτέλεσμα, in cui è preponderante il 'risultato' (*corpus perfectum*) rispetto al lavoro compiuto (D.50,16,5,1) (66).

Il giurista, in sostanza, considera il conduttore obbligato a raggiungere il risultato dovuto, il che impedisce, in base alla *fides bona*, di considerarlo liberato dal suo *oportere* fino a che il locatore non lo attesti attraverso il collaudo. Si viene, cioè, a riconoscere un « pericolo » specifico della costruzione del canale e quindi del costruttore, espressione di una particolare interpretazione del contenuto della sua obbligazione di buona fede, senza che a riguardo abbia una qualche importanza individuare chi al momento del crollo potesse considerarsi *dominus* dell'*opus*.

Non è decisivo, poi, contro questa interpretazione, che proprio Labeone sia l'ideatore della famosa *exceptio* in materia di *receptum*, nel caso di *vis piratarum* e naufragio (D.4,9,3,1) (67). Per il giurista augusteo, infatti, il conduttore edilizio, così come quello marittimo (D.14,2,10 pr. vd. prossimo §), non sopportano l'*omne periculum*, ma solo 'particolari pericoli', in base ad un'interpretazione 'tipica' della loro obbligazione, strettamente collegata alla specifica attività che si impegnano a svolgere secondo *fides bona*. Nel caso del *receptum*, invece, le ipotesi escluse

(65) L'Ernst parla a riguardo di « elementare contenuto del contratto » e di dipendenza della sopportazione del pericolo dal « typischen Vertragsinhalt »; *Periculum conductoris* cit., p. 61.

(66) « *'Opere locato conducto': his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci* ἀποτέλεσμα *vocant, non* ἔργον, *id est ex opere facto corpus aliquod perfectum* »; sul passo rispetto al problema del tipo locativo vd. L. Amirante, *Ricerche* cit., pp. 78 sgg.; F.B.J. Wubbe, *Opus selon la définition de Labéon* cit., T.50 (1982), pp. 241 sgg.; A. Biscardi, *Quod Graeci 'apotélesma' vocant*, in *Labeo* 35 (1989), pp. 163 sgg.; S.D. Martin, *Building Contracts* cit., p. 41; Id., *The Roman Jurists* cit., pp. 36-37; P. Ries, *Bauverträge im römischen Recht* cit., p. 71; J.M. Rainer, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., in ZSS.109 (1992) R.A., p. 508. L'ipotesi dello Schiavone, che la nozione labeoniana di « *apotélesma* » subirebbe l'influsso della concezione aristotelica (*Studi sulle logiche* cit., pp. 71 sgg.), non sembra fondata; vd. M. Bretone, *Tecniche e ideologie*[2] cit., pp. 188-189.

(67) Così invece C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 226.

da Labeone dall'*omnimodo teneri* derivante dall'editto pretorio (*nisi restituent in eo iudicium dabo*; D.4,9,3,1), sono quelle per le quali la giurisprudenza più antica esclude già un *praestare* del conduttore marittimo obbligato secondo buona fede (naufragio e *vis piratarum*) (68). In sostanza, il giurista augusteo, richiamandosi all'*aequitas*, in assenza di un vincolo obbligatorio *ex fide bona*, ritiene di dover mitigare il *teneri ex recepto* rispetto a queste ipotesi, coerentemente al regime elaborato nell'interpretazione della locazione per il trasporto marittimo.

Ma perché Labeone, pur nell'àmbito di un ragionamento per cui si pone a carico del conduttore dell'opera la frana del canale prima dell'*adprobatio*, in base ad una interpretazione tipizzata del contenuto della sua obbligazione, non parla di *periculum praestare*? A differenza, infatti, del *damnum (alicuius) esse* di Servio Sulpicio Rufo (D.19,2,15,2) e del *periculum (alicuius) esse* di Alfeno Varo (D.18,6,13-15 pr./ 15,1), per i quali queste formulazioni erano usate indifferentemente sia per il locatore che per il conduttore, sia per il venditore che per il compratore, sebbene soltanto rispetto ai primi potesse porsi la questione del *praestare* — l'assenza del quale era allora condizionata dal punto di vista dal quale era dato il responso, quello cioè degli effetti dannosi —, nel passo di Labeone la prospettiva è unilaterale, ed è quella dell'inadempimento del conduttore per la mancata costruzione dell'opera che si è impegnato a compiere e a sottoporre a collaudo.

Il fatto che il giurista augusteo, invece di parlare di *periculum praestare*, parli di *periculum tuum esse*, potrebbe allora essere la conseguenza di una scelta consapevole, e per ciò il sintomo della volontà di distinguere all'interno dell'*actione teneri* tra un certo tipo di problema, quello conseguente all'imputazione per dolo e colpa, che il giurista qualificherebbe come *praestare*, e il *teneri* conseguente ad una valutazione tipica del contenuto contrattuale e che importerebbe nuovi moduli espressivi, appunto il *periculum meum (tuum...) esse*.

(68) Per il valore tassativo delle ipotesi labeoniane vd. esattamente A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* cit., p. 146.

In sostanza Labeone potrebbe sentire un certo disagio a qualificare la soluzione in termini di riconoscimento del *praestare*, preferendo un'espressione che, pur sempre nella prospettiva dell'*actione teneri*, renda più plasticamente la situazione conseguente all'imputazione, cioè il *periculum tuum esse*, in cui si accentua il profilo della 'appartenenza', della 'spettanza' di quel 'pericolo' al debitore. Ciò, come si è già visto in D.19,1,54 pr. e si vedrà anche in D.19,5,17,1, potrebbe testimoniare non solo la scelta di distinguere tra due modi di risolvere l'inadempimento, ma anche il tentativo di 'agganciare' la problematica del *praestare* ad un certo contenuto (dolo, *culpa*, *custodia*). *Periculum tuum esse*, in sostanza, verrebbe a rappresentare in Labeone un criterio connotato che si affianca al *dolum et culpam praestare*, come qualificazione autonoma di un certo modo di imputare l'inadempimento.

In definitiva, il costruttore del canale che impegnandosi a compiere l'opera a pagamento 'sta garante' di regola per il proprio dolo e per la propria colpa, è tenuto anche, fino al collaudo, per il « pericolo della frana », a prescindere da una qualsiasi valutazione della sua condotta (69).

b) Commento di Paolo.

Per il giurista severiano la *corruptio rivi* deve, invece, essere sopportata da uno dei due contraenti in base all'approfondimento delle 'cause' del crollo: se esso è dovuto ad un *vitium soli* il pericolo è del locatore; se invece è dovuto ad un *vitium operis* allora il *detrimentum* è del *conductor* (70).

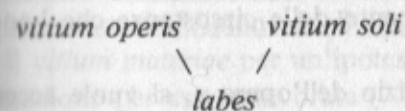
---

(69) In Labeone non sarebbe allora rinvenibile quella tendenza rilevata dal CANNATA, in base alla quale la giurisprudenza romana distinguerebbe tra un pericolo oggetto del *praestare* (in relazione al debitore) e un pericolo che « è », « pertiene », che « spetta » (affermazioni relative al creditore); *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 29. In questo giurista, invece, il *periculum tuum esse* rientrerebbe a fianco del *praestare* nell'*actione teneri*. La differenza tra il *periculum tuum esse* ed il riconoscimento del *praestare* sarebbe costruita proprio sulla diversa logica sottintesa ai due modi di imputare l'inadempimento: da un lato la « ripartizione » dei pericoli che si assumono implicitamente nello svolgere una certa attività e che, se incidenti sull'adempimento della prestazione dovuta, legittimano come tali all'azione; d'altro lato la regola del *dolum et culpam praestare*.

(70) In tal senso mi sembra inutile qualsiasi critica della soluzione paolina che, invece, è strettamente legata e al responso labeoniano e allo strumentario concettuale

Il ricorso ai due termini di « pericolo » e « detrimento » potrebbe attestare una considerazione del crollo come evento dannoso verificatosi economicamente nel patrimonio del conduttore.

Paolo, a differenza di Labeone, estende l'indagine del fatto alle ragioni del crollo, costruendo la soluzione su uno schema di questo genere:

vitium operis *vitium soli*
\ /
labes

La provenienza del « vizio » dall'*opus* o dal *solum* offre, secondo il giurista severiano, un criterio più preciso per la soluzione giuridica. Una particolare qualità difettosa del terreno, che lo rendesse *a priori* inadatto a opere di scavo e di contenimento, impedirebbe di considerare l'eventuale crollo un « detrimento » del conduttore (71). La proprietà del suolo al locatore rafforza in questo caso l'imputazione a lui del « pericolo » (72).

A tal riguardo bisogna accentuare che non è possibile individuare una relazione tra il « vizio del suolo » e la *vis naturalis* di Sabino

---

del giurista augusteo, aumentando così la forza della critica; per l'itp. di questa seconda parte vd. F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919), R.A., pp. 191 sgg.; G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris (1924), Sirey, p. 177 nt. 16 (che non ho potuto consultare); sulla genuinità già V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 199-201; vd. ora W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., pp. 64-65. Per una sua interpretazione attenta ai modi ed il metodo del commento vd. ora J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., pp. 519-523. Sull'uso di *periculum* e *detrimentum*, P. VOCI, *Diligentia* ..., in SDHI.56 (1990), p. 132.

(71) Sotto questo punto di vista la soluzione di Paolo viene solitamente criticata perché sarebbe eccessivo escludere che il conduttore sopporti le conseguenze del crollo ogni qual volta vi sia un difetto del suolo « di cui egli, come *artifex*, avrebbe dovuto accorgersi »; più opportunamente si sarebbe dovuto distinguere tra diversi tipi di *vitia soli*, liberando il debitore solo rispetto a quelli « più occulti »; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 232; cfr. altresì F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.41 (1920) R.A., p. 158 e n. 1 che trae da questo argomento la conclusione della itp. di questa parte.

(72) Non si tratta però della spettanza dei danni causati dalla *vis* al proprietario, perché in questo caso non siamo di fronte ad una forza maggiore; di contrario avviso V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 190; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., p. 189; ma vd. le giuste osservazioni di C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., pp. 231 sgg.

bino in un caso di crollo della casa in costruzione (D.19,2,59 su cui *infra* cap.VII.2) (73), poiché quest'ultimo parere presuppone appunto una qualifica in termini di *vis* dell'accadimento che ha portato alla *concussio aedificii*, cioè il terremoto. Analoga, semmai, è soltanto la scelta di Sabino come di Paolo, antagonista rispetto a quella di Labeone, di risolvere il problema giuridico attraverso un approfondimento delle circostanze che hanno condizionato il crollo.

Rispetto, poi, al « vizio dell'opera », si vuole accentuare un profilo riprovevole nell'attività del conduttore che solo, a differenza della *ratio* labeoniana, permetterebbe di imputare a lui la frana. Nasce allora l'esigenza di precisarne il significato rispetto alla *culpa*.

A mio avviso una possibile spiegazione della scelta paolina di risolvere l'ipotesi ricorrendo al criterio summenzionato può essere quella della sostanziale coincidenza della distinzione *vitium soli/ vitium operis* con quella che Labeone aveva già utilizzato (*vitium loci / vitium operis*) in materia di *cautio damni infecti* (D.39,2,15,10) (74). Il giurista che commenta, in sostanza, vuole criticare il parere labeoniano ricorrendo a concetti che lo stesso giurista augusteo aveva elaborato per un diverso istituto giuridico, al fine di rafforzare la corrosività della sua censura.

A differenza, però, di Labeone, per il quale il « vizio dell'opera » in tema di *cautio damni infecti* riflette un giudizio negativo sull'opera compiuta non necessariamente coincidente con il riconoscimento di una *culpa*, per Paolo (e per i giustinianei) il *vitium operis* sarebbe la prova di una *imperitia aedificatoris* (75). Mentre per Labeone, quindi, esso indicherebbe un criterio di imputazione più ampio, idoneo a giudicare l'opera non solo in funzione all'inadeguatezza dell'attività di costruzione rispetto a modelli comportamentali prestabiliti (ad es. il *bonus aedificator*), ma altresì in funzione all'inadeguatezza dell'opera costruita per ragioni obiettive, come ad es. la cattiva statica del canale costruito (76), per Paolo, invece, questo avrebbe il significato esclusivo di colpa.

(73) Ma vd. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 190; E. Betti, *Zum Problem der Gefahrtragung* cit., in ZSS.82 (1965) R.A., p. 15.

(74) Sul rapporto tra i due passi vd. ora J.M. Rainer, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., pp. 522-523.

(75) E così lo intende il Donellus: « Quippe vitium operis proficiscitur ab imperitia artificis. Imperitia autem culpae annumeratur L.9 § Celsus D.Loc. »; *Comm. de iure civili* cit., L.13 cap. IX *in fine*, in *Opera Omnia* III, col. 853.

In sostanza per il giurista severiano la distinzione tra il « vizio del suolo » ed il « vizio dell'opera » sarebbe analoga alla contrapposizione ricordata da Ulpiano in D.19,2,13,5 tra l'*imperitia facientis* ed il *vitium materiae* per un'ipotesi di frattura della gemma data in locazione per essere lavorata (77), dovendosi intendere il « vizio dell'opera » necessariamente come una condotta colposa, data la *adnumeratio* celsina dell'*imperitia* nella *culpa* (D.19,2,9,5).

B. *Il conduttore è tenuto per la morte* in nave *dello schiavo trasportato (D.14,2,10 pr.).*

Lab. 1 *Pithan.a Paul.epit.* (D.14,2,10 pr.)
Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

a) Parere di Labeone.

Se si trasportano per nave degli schiavi, per quello che sia morto nella nave, non è dovuta dal locatore la *vectura*. Anche in questo caso Labeone accentua il risultato dell'obbligazione di buo-

(76) Per il de Robertis, invece, il rapporto tra la soluzione labeoniana e quella del giurista severiano attesterebbe « il passaggio dal *periculum* alla *culpa* », effetto di « un più perfezionato impiego — del quale le scuole orientali furono direttamente partecipi — degli strumenti offerti dalla sempre più perfezionata tecnica giuridica, specie in tema di *locatio operis faciendi* »; *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 887; nel senso qui proposto C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 232. Zimmermann parla di « accidents, typically emanating from (and therefore attributable to) the risk sphere of the two parties concerned »; *The Law of Obligations* cit., p. 403.

(77) R. Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung* cit., p. 215; C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., p. 220 e 233, dove altresì una critica all'estensione di un simile criterio alla costruzione d'opera, pp. 232 sg.; ed ora L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti* cit., p. 125.

na fede (78), non raggiunto il quale il conduttore non ha adempiuto. Ciò, nel caso in esame, non avrebbe portato al risarcimento dell'interesse positivo del locatore (ad es.il valore del servo), ma soltanto al risarcimento del valore della vettura pattuita se già pagata, o alla liberazione del locatore dal suo pagamento. La morte del servo doveva d'altronde rappresentare, in un contratto con cui altri, verso un corrispettivo, vengono a detenere la *res*, per soddisfare un nostro interesse, un'eventualità, normalmente e naturalmente, incidente solo sul patrimonio del *dominus* (di *interitus naturalis* parla ad es. Sab. in D.16,3,14,1). Per Labeone, però, la circostanza che la morte sia avvenuta nella nave sarebbe vista in sè per sè come inadempimento del conduttore, evitando a riguardo l'indagine sulle modalità del decesso, analogamente a quanto visto in D.19,2,62 per la frana del canale.

Labeone anche in questo parere, come in quello della *labes* (D.19,2,62), sembra individuare un particolare « pericolo » proprio della attività svolta, che una innovativa interpretazione della *fides bona* impone di considerare a carico del *conductor mancipiorum vehendorum* dall'inizio della detenzione fino alla riconsegna al porto d'arrivo (79). Anche in questo caso, quindi, il conduttore avrebbe dovuto rispondere della mancata riconsegna dello schiavo non in base ad un giudizio negativo sulla sua concreta condotta, ma in quanto la *mors servi* avvenuta *in nave* è « pericolo » che egli, impegnandosi al trasporto, si accolla secondo un'interpretazione del suo *oportere ex fide bona* come dovere di assicurare un certo risultato. Il fatto che qui l'inadempimento produca soltanto dei limitati effetti patrimoniali (il valore della *vectura*) è dovuto, similmente alle conseguenze del riconoscimento serviano di un *vim praestare* del locatore del fondo agricolo (D.19,2,15,2), al differente trattamento che è imposto dal tipo di inadempimento.

b) Commento di Paolo.

La *nota* di Paolo, invece, distingue tra due soluzioni sussidiarie l'una all'altra: la prima centrata sull'indagine dell'*id quod actum est* (80), individuando due possibili varianti: α) mercede proporzionata al numero degli schiavi caricati sulla nave; β) mercede proporzionata al numero di quelli riconsegnati al porto d'arrivo. Se questa indagine non dovesse permettere di sciogliere il dubbio, allora si deve presumere l'ipotesi α, che fa ricadere sul locatore il « pericolo della morte » del servo, obbligandolo comunque a pagare per l'effettivo caricamento di questo sulla nave (81).

Si vengono in questo modo a modificare i presupposti della incidenza delle conseguenze della morte nella nave sul rapporto obbligatorio, e a privilegiare un contenuto dell'*oportere ex fide bona* del trasportatore essenzialmente di 'comportamento' e non più di 'risultato' (82).

(78) Accentuazione che sembra prescindere dal tipo di contratto usato per svolgere quella funzione economico-sociale; allo stesso modo, infatti, anche in una *locatio navis* Labeone proporziona la mercede dovuta in questo caso dal conduttore della nave caricata con le sue merci, alla quantità di carico che viene realmente riconsegnata al porto d'arrivo; *si conduxisti navem amphorarum duo milium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes* » D.14,2,10,2 (l.1 *Pith.*). Opportunamente il BETTI parla di « obbligazione di risultato »; *Istituzioni* cit., II, 1, pp. 425-426; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung* cit., in ZSS.82 (1965) R.A., p. 4; così il RÖHLE, che descrive l'assetto d'interessi in termini di « Transporterfolg »; *Das Problem der Gefahrtragung* cit., p. 216. Vedi altresì F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS.78 (1961) R.A., p. 29; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., pp. 186-187; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 653; W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., pp. 60-61 e 66-67; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 401 n. 98.

(79) Non si tratta però di 'ogni tipo di pericolo'; di diverso avviso J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., in ZSS.109 (1992), R.A., p. 518 n. 71.

(80) Vd. F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est* cit., in ZSS.78 (1961) R.A., p. 29.

(81) Il RÖHLE considera il criterio di Paolo caratterizzato proprio dallo spostamento dello « Zeitpunkt des Gefahrübergangs vom Ende der Schiffreise auf deren Beginn »; *Das Problem der Gefahrtragung* cit., p. 216. Per il BETTI la differente funzione che le parti vorrebbero accordare alla loro operazione economica, differente funzione espressa dal *deportare* e dall'*imponere*, avrebbe portato a qualificare il contratto nel primo caso una *locatio operis* e nel secondo una *locatio rei*; *Periculum* cit., p. 189.

(82) Ingiustificate, allora, le ipotesi di interpolazione del commento paolino di F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.41 (1920) R.A., p. 155 e A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, in AUPA.9 (1921), p. 39 n. 3. Vd. già F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est* cit., p. 29.

C. *L'*exercitus veniens *ed il criterio della 'resistibilità' in una locazione della* villa *come presupposto del* teneri ex locato *del conduttore (D.19,2,13,7).*

Ulp. l.32 *ad ed.* (D.19,2,13,7)
Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et ceteras sustulerunt. Si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait. Quae sententia vera est. sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri (83).

Bisogna far precedere all'esegesi del testo alcune considerazioni in materia di *migratio conductoris*, in quanto è proprio l'allontanamento giuridicamente lecito del conduttore, la condizione nella quale si realizza l'asportazione da parte dei soldati delle finestre e di altre cose della *villa* locata.

La *migratio conductoris* è un istituto del diritto contrattuale locativo in base al quale il conduttore, che si allontana dalla casa locata per specifiche cause di pericolo, non è tenuto a pagare al locatore la mercede (84). Le fonti a riguardo ricordano che la giurisprudenza repubblicana e d'inizio principato riteneva, come sufficiente *causa migrandi*, il *periculum timere*, anche se poi nella realtà tale pericolo non si fosse dimostrato tale (D.19,2,27,1

(83) HAYMANN (*Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 [1919], R.A., pp. 235-236) espunge per motivi formali l'intero parere labeoniano; vd. altresì S. SOLAZZI, *Note sparse al Digesto*, in *Atti Acc. sc. mor. pol. Napoli* 63 (1950-1951), pp. 103 sgg.; sulla genuinità del passo G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit., p. 213; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione* cit., in RISG.3 (1928), p. 14; J. ROSENTHAL, *Custodia und die Aktivlegitimation zur actio furti*, in ZSS.61 (1951) R.A., pp. 240-241; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità* cit., p. 128 e 131; TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete* cit., pp. 370 sgg.; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 70 n. 366; G. LONGO, *Disciplina giustinianea della loc. cond.* cit., in *St. Biondi* (1965), II, p. 306; W. HOFFMANN-RIEM, *Custodia-Haftung des Sachmieters* cit., p. 397; B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton (1980), Princ. Univ. Press, p. 98; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., pp. 636-637; P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 67-72; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 45-46; A. DOLL, *Von der vis maior zur höheren Gewalt* cit., pp. 34-35; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., pp. 154-155.

(84) Vedi per tutti S. TAFARO, *'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano*, in *Index* 5 (1974), pp. 49 sgg.; B.W. FRIER, *Landlords and Tenants* cit., pp. 92 sgg.

integrato dallo scolio di Stefano ἐάν ὁ ἔνοικος a B.20,1,27 Ἐάν τις φοβηθεὶς εὐλόγως: « *Respondit* ⟨Sch. Σέρβιος⟩ *si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem* ») (85). Cassio Longino avrebbe precisato il criterio serviano parlando di *iusta causa timoris* (D.39,2,28) (86).

Si è pensato che il responso labeoniano sia da inserire in questa discussione (87), non tenendo conto, però, della diversa pretesa del locatore nella fattispecie tramandata da D.19,2,13,7. In caso di *migratio*, infatti, la legittimità della *causa timoris* serve a liberare il conduttore dal suo obbligo al pagamento della mercede. Nell'ipotesi esaminata da Labeone, invece, non si giudica della 'pericolosità' dell'arrivo dell'esercito in relazione al *migrare*, ma della possibilità di porre a carico del colono i danni che la villa locata ha subìto per il suo allontanamento: è su tale danno e sul conseguente *teneri* del conduttore che verte la pretesa del locatore (88).

Per Ulpiano, se la *migratio* deve considerarsi legittima, ciò non esclude l'obbligazione del conduttore di *denuntiare* al *dominus* sia l'avvicinamento dell'esercito, sia il suo prossimo abbandono della *res locata* (89).

(85) Vd. S. TAFARO, *Causa timoris* cit., pp. 50 sgg.; B.W. FRIER, *Landlords and Tenants* cit., pp. 94 sgg.. Dal punto di vista terminologico non ritengo possa riconoscersi a *periculum* in questo contesto un significato giuridico particolare; vd. I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 665. Va notato poi che Cicerone, in materia di *causa facti*, ricorda come tra i *motus animorum* rientrasse anche il *timor periculi*; *Part. orat.* 32, 112.

(86) S. TAFARO, *Causa timoris* cit., pp. 52-53; B.W. FRIER, *Landlords and Tenants* cit., p. 99.

(87) Per il FRIER il criterio labeoniano in sostanza « objectified the 'iusta causa timoris' of Servius »; *Landlords and Tenants* cit., p. 98.

(88) L'ALZON, se ho ben compreso, accentua, a riguardo, più il concreto rischio del danno, che la natura di « *iusta causa timoris* » dell'*exercitus veniens*; *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 70-71 n. 366. Il MAYER-MALY, partendo dal presupposto che solo in caso di « Haftung » la condanna può coprire l'*id quod interest*, mentre una sua limitazione al valore della mercede si ha solo in ipotesi di « Gefahr », ritiene che per Labeone il conduttore era responsabile « wegen Verletzung seiner Fürsorgepflicht »; *Haftung aus Miete* cit., p. 371; per il CAPOGROSSI COLOGNESI « la ragionevolezza del timore diventa criterio per affermare l'esonero della responsabilità contrattuale »; *Ai margini della proprietà fondiaria* cit., p. 154.

(89) Il LUZZATTO pone in evidenza come l'*ex locato teneri* di Ulpiano in base al mancato *denuntiare* farebbe pensare ad un « dovere imposto dalla *bona fides* al conduttore », mentre il responso labeoniano accentuerebbe l'imputazione « al debitore [del] rischio obiettivo del furto »; *Caso fortuito* cit., p. 213.

Labeone propende, invece, per una soluzione più onerosa per il conduttore: per decidere se esista o meno un suo *ex locato teneri* rispetto ai danni prodotti dall'esercito durante il suo asilo nel terreno dove stava la villa locata, il giurista ritiene necessario giudicare la fattispecie con il criterio della « resistibilità ». Ulpiano, sebbene qualifichi come vera la sentenza labeoniana, ne precisa, invece, gli effetti all'interno della sua soluzione, affermando che, in ogni caso, se il colono non abbia potuto *denuntiare*, non è « tenuto » per quanto accaduto (90).

Il passo non parla di *praestare* e ciò potrebbe giustificarsi in base al presupposto che fonda il *teneri ex locato* del conduttore, in quanto il criterio della resisistibilità non è ascritto a *culpa*.

Ma rispetto a che cosa si deve valutare la possibilità o meno di resistere da parte del conduttore ? Certo un tale criterio non può esser stato formulato rispetto all'eventualità di un semplice passaggio dell'esercito. Si deve, quindi, pensare che Labeone, nell'enunciarlo, avesse in mente la concreta resistibilità rispetto all'atto di asportazione delle finestre e delle altre cose da parte dei soldati (91). Da un punto di vista astratto l'*exercitus veniens*, a differenza dell'*incursus hostium*, non è come tale una *vis* (vd.D.19,2,15,2) (92). Lo stesso passo qualifica la sosta delle truppe, in cui si è verificata l'asportazione, un *hospitium*, il che fa pensare più ad una sosta amichevole che ad una incursione violenta. Tutto ciò giustifica l'approfondimento, che il giurista propone al giudice privato, delle modalità con cui quella si è svolta.

A questo riguardo potrebbe essere di qualche aiuto un altro parere labeoniano espresso in materia di applicazione dell'editto

(90) Non è quindi necessario pensare per forza ad un commentatore postclassico, dato che proprio il *sed et si* dimostra che Ulpiano volesse qui esprimere una precisazione rispetto al giudizio positivo dato alla soluzione labeoniana; per l'origine spuria di questa parte vd. invece TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete* cit., p. 371; seguito ora da A. DOLL, *Von der vis maior* cit., p. 35.

(91) Il DOLL ipotizza oltre ad un « Widerstandleisten im physischen Sinne », anche « rechtliche Durchsetzungschancen »; *Von der vis maior* cit., p. 35.

(92) Di contrario avviso M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., p. 128 e 131; e A. DOLL, *Von der vis maior* cit., p. 34 e n. 50; vd. *supra* V,2,B.

quod metus causa gestum erit e dell'interdetto *unde vi*: D.4,2,9 pr. In questo caso, infatti, il giurista nega che possa essere considerato « cacciato con la forza » (*vi deiectus*) dal proprio fondo, « chi non aspetta di essere cacciato, ma al contrario fugge » (*deici non expectavi sed profugi*), a differenza di colui che, invece, si allontana dal fondo solo dopo che gli *armati* vi abbiano fatto effettivamente ingresso. Il criterio della « resistibilità » di D.19,2,13,7 potrebbe, se letto in questa prospettiva, acquisire un più preciso significato. Il conduttore risponde del danno arrecato alla *villa* dai soldati nel caso in cui si sia allontanato dal fondo senza aspettare l'effettivo ingresso delle truppe nel terreno.

Il criterio della « resistibilità », quindi, non coincide con l'indagine sul comportamento del conduttore secondo il parametro della diligenza (93), ma al contrario esprime un criterio valutativo condizionato da indizi obiettivi (94), il che spiegherebbe anche, come già detto, l'assenza del *praestare*.

Sulla formulazione del criterio può avere, altresì, pesato la stessa impossibilità di attrarre in astratto una tale ipotesi nella categoria serviana delle *vis cui resisti non potest* (95), il che avrebbe portato il giurista augusteo a riadattare alla fattispecie esaminata (l'esercito di passaggio) quella formulazione, rinunciando al concetto di *vis*, al quale quella non poteva essere automaticamente ascritta.

D. *Il riconoscimento dell'*actione teneri *del conduttore delle merci perite durante il trasporto per mare per un suo comportamento colposo (D.19,2,13,1).*

Ulp. l.32 *ad ed.* (D.19,2,13,1)

Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam na-

(93) Di contrario avviso P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 67 sgg.; il ROBAYE parla di « gardien diligent » escludendo il criterio della *custodia*; *L'obligation de garde* cit., pp. 405 sg.; il GIARO parla di *culpa interveniens*; *Excusatio necessitatis* cit., p. 171.

(94) Così E. SEIDL, *Römisches Privatrecht*, Köln (1963 [2]), Heymann, p. 106.

(95) Diversamente invece si interpreta l'espressione « *cui resisti potest* » come indicazione dell'esclusione soltanto di ipotesi qualificabili come *vis*; cfr. F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 235; TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete* cit., p. 371; G. LONGO, *Disciplina giustinianea* cit., p. 306.

vem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum (96).

Il parere di Labeone tratto dal commentario edittale ulpianeo affronta la questione del perimento di un carico (*onus*) avvenuto durante il trasporto per nave verso Minturno, colonia romana dal 296 a.C. (Liv.10,21,7-10), situata sul fiume *Liris*, l'attuale Liri-Garigliano (97).

Il fr. ricorda le circostanze del perimento: la nave giunta alla foce del fiume non riesce a risalirne il corso per arrivare al porto della colonia (98). Questa impossibilità viene descritta con il verbo *subire*, il che fa pensare, più che alla difficoltà di vincere la corrente contraria (99), ad un inadeguato pescaggio dell'imbarcazione (100).

(96) Salvo ipotesi critiche non motivate (vd. ad es. E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 247 n. 2) si espunge solitamente solo l'uso di *culpa*; G. Beseler, *Beiträge* cit., II p. 50; III, p. 13; IV, p. 262 n. 1; F. Schulz, *Die Haftung für Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in *GrünhZ.*, 38 (1911), pp. 51-52. Sul passo in modo più conservativo Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., p. 33; J.C. van Oven, *Actio de recepto et actio locati*, in T.24 (1956), pp. 145-146; C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 90 n. 443; G. MacCormack, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 200-201; G.C.J.J. van den Bergh, *Custodiam praestare: Custodia Liability or Liability for Failing Custodia*, in T.43 (1975), p. 69; T. Giaro, *Excusatio necessitatis* cit., p. 172; essenziale ora R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 415 sgg.; da ultimi D. Nörr, *Causa mortis* cit., p. 161; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 89-90; C.A. Cannata, *Una casistica della colpa* cit., in SDHI.58 (1992), pp. 422-423; Id., *Sul problema della responsabilità* cit., (pross. pubbl. in *Iura* 43-44), cap. III § 14; fa eccezione ora I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., pp. 77-80.

(97) Philipp, *Minturnae*, in PWRE.XV,2, coll. 1935-1936. Vd. altresì, per i profili relativi alla deduzione di questa colonia, A. Petrucci, *Colonie romane e latine nel V e IV sec.a.C.*, estratto da *Legge e società nella Repubblica romana* II (1989), pp. 30 sgg.; 32 n. 35; 68-69; 79.

(98) Non si tratta, però, come vorrebbero Seckel e Levy di « höhere Gewalt »; *Die Gefahrtragung beim Kauf* cit., p. 247.

(99) È chiaro, infatti, che la risalita dei fiumi, in età la cui tecnologia non conosce i motori a scoppio si basa essenzialmente sullo sfruttamento dei venti da mare, della forza remi e del traino lungo le rive, divenendo essenziale a riguardo il peso della nave; vd. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 415 sg.

(100) Da questo punto di vista non è corretto intendere « the low waterlevel » del fiume come « act of God » come fa G.C.J.J. van den Bergh, *Custodiam praestare* cit., p. 69.

A fronte di questa impossibilità, il conduttore decide di trasbordare la merce su un'altra nave, più idonea al trasporto fluviale rispetto alla prima, utilizzata essenzialmente per la navigazione marittima (101). La seconda imbarcazione naufraga nella foce del fiume.

Si domanda se il primo *navicularius* (102) possa essere condannato con l'*actio ex locato*. Labeone ritiene che se il conduttore manchi di colpa allora il locatore deve sopportare le conseguenze del naufragio della seconda nave. Ma se al contrario egli abbia trasbordato contro la volontà del *dominus mercium*, o in un momento sbagliato, oppure su una nave non idonea, allora si deve riconoscere il suo *teneri*.

Ma perché a differenza della morte dello schiavo *in nave* (D.14,2,10 pr.), qui Labeone approfondisce le modalità della condotta del conduttore marittimo, subordinando il riconoscimento di un *actione teneri* per il perimento delle merci all'individuazione di una sua *culpa*? Il presunto contrasto tra i due pareri scompare se si tiene conto della diversità delle fattispecie, in un caso la morte di uno degli schiavi trasportati prima della sua riconsegna, nell'altro il perimento dell'intero carico nel naufragio di una nave diversa dalla 'principale'.

Solo nel secondo caso si pone un problema di naufragio che, se normalmente, come abbiamo visto già in Servio Sulpicio Rufo, e come attesta *a fortiori* la stessa *exceptio* labeoniana in caso di *receptum* (D.4,9,3,1), avrebbe escluso un qualsiasi *teneri* del conduttore, impone nel caso di specie di riconsiderare le circostanze precedenti al perimento proprio perché la 'seconda' nave, quella naufragata, viene scelta dal primo *navicularius*. Si spiega allora lo sforzo di indagare se vi siano, nella prospettiva del suo *oportere ex fide bona*, dei rimproveri da muovere al conduttore, una volta che si sia resa necessaria la sostituzione dell'imbarcazione (103).

(101) Bisogna notare che la rotta navale per raggiungere Minturno da Roma prevede ca. 110 miglia da percorrere per la quasi totalità in mare.

(102) Sulla classicità del termine, nel senso di 'proprietario della nave' vd. C.P. Sherman, *The Roman Administrative Marine*, in *St. Riccobono* 2 (1936), p. 68 n. 23; R. Martini, Χειρήμβολον, in *St. Volterra* IV (1971), pp. 199-200 n. 6.

(103) Vd. esattamente P. Krückmann, *Periculum emptoris* cit., in ZSS.60 (1940) R.A., p. 19.

I tre esempi di condotte colpose, a mio avviso, non rappresentano ipotesi tassative, ma, seguendo in questo i modelli di giudizio maturati da P.Mucio a Servio Sulpicio Rufo, indicano al giudice della controversia alcuni comportamenti, ma non i soli, che avrebbero portato al riconoscimento di una *culpa* (104).

La prima ipotesi (*si ⟨primus navicularius⟩ invito domino fecit*) può significare sia che vi fosse un *pactum adiectum* alla locazione in base al quale il *locator* aveva vietato trasbordi delle merci (105), sia che il proprietario di queste o un suo liberto fosse sulla nave stessa e non si fosse trovato d'accordo con la scelta del *navicularius*.

Le altre due ipotesi esemplificano l'*in culpa esse* in relazione a scelte imprudenti, sia per il momento in cui avviene il trasbordo (*quo tempore non debuit*), ad es. in caso di mare agitato o durante la notte; sia per il tipo di nave su cui si effettua. In entrambi questi casi si rimprovera al *navicularius* l'incapacità di giudicare in modo adeguato aspetti dell'accaduto più direttamente collegati alle sue presunte conoscenze ed esperienze acquisite nel trasporto per mare. La *culpa*, quindi, è in questi casi individuata nel modo di gestire l'imprevisto, e si

(104) Il DE ROBERTIS parla a riguardo di « indebita disposizione delle merci affidategli » o di « trascuratezza delle norme della buona navigazione »; *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 1004; il BRETONE ritiene le esemplificazioni idonee a cogliere ogni « colpa omissiva e commissiva »; *Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 298-299.

(105) A rigore questa precisazione lambisce il concetto di *culpa*, in quanto l'aver trasbordato sarebbe stato visto come tale un comportamento illecito (di *causa illicita* parla il KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., in ZSS.100 (1983) R.A., p. 440 e n. 430), il che troverebbe una conferma dal punto di vista sintattico nell'uso dei *vel...vel* introducenti una prima dicotomia e l'*aut* che scompone il secondo termine in due fattispecie. A riguardo bisogna richiamare il « *cum id sciret te fieri nolle* » ricordato da Labeone senza menzionare la *culpa* in l.1 *Phit.a Paulo ep.* (D.14,2,10,1), dove in una locazione di nave sotto la condizione che il locatore stesso portasse nella nave le merci del conduttore, il perimento delle *merces* trasportate avviene per il naufragio di una nave diversa dalla locata ed altresì *deterior* rispetto a quella prevista; vd. sul passo G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972), R.A., pp. 198-199; e sul rapporto con D.19,2,13,1 M. BRETONE, *Storia del diritto romano*[3] cit, pp. 298-299.

pone come precedente della circostanza in cui le merci periscono (106).

E. *La distruzione delle misure locate per un ordine magistratuale e la rilevanza della* culpa *del conduttore (D.19,2,13,8).*

Ulp. 1.32 *ad ed.* (D.19,2,13,8)
Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non: si scit, esse ex locato actionem, si minus non. quod si aeque sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. et ita Labeo et Mela scribunt. (107)

Il responso sabiniano, in caso di distruzione per un ordine del magistrato di *mensurae iniquae*, ha sollevato alcuni problemi all'interprete moderno, in quanto si esclude comunque un *teneri* del locatore per l'irregolarità delle misure. I dubbi aumentano se si considera che Sabino ritiene altrove il locatore obbligato a *praestare*, seppure *ignorans*, i vizi delle botti locate (cfr. D.19,1,6,4 *supra*) (108). Forse è possibile cercare di spiegare que-

(106) Non si tratterebbe, quindi, di *culpa interveniens*, come vorrebbe il GIARO, ma semmai di *culpa praecedens*; *Excusatio necessitatis* cit., p. 172.

(107) A prescindere da valutazioni critiche fondate soprattutto su argomenti formali come quelle di F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 245 n. 2; ID., *Miszellen. Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten*, in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 351-352; F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel* (1921), p. 235 che peraltro espunge soltanto il *distinguere*; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 199 n. 206; sul passo vd. TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete nach Staatsunrecht*, in ZSS.74 (1957), R.A., pp. 366-367; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 71-72 n. 369 e p. 135 n. 663; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972), R.A., p. 198; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.14 II, pp. 624-626; D. NÖRR, *Causa mortis* cit., p. 161.

(108) Criticando le tesi di Haymann e di Pringsheim (vd.n. prec.), che da tale incongruenza deducono un argomento per l'intervento dei compilatori, il MAYER-MALY esprime comunque sorpresa per il fatto che si vuole imputare al conduttore un qualcosa (la irregolarità delle *mensurae*) che al contrario dovrebbe essere garantito dal *locator*; *Haftung aus Miete* cit., in ZSS.74 (1957), R.A., pp. 366-367; cfr. altresì I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.14 II, pp. 624-626.

sta contraddizione. Ipotizzando, in accordo all'interpretazione da me data alla stessa L.6,4, una posizione articolata di Sabino rispetto al problema dei vizi della cosa, in base al tipo di cosa stessa, si può pensare che abbia giocato un ruolo fondamentale, nel caso di specie, proprio la *scientia* del conduttore. In sostanza, quando il *conductor* conosce i vizi delle misure ed ugualmente decide di prenderle in locazione, per ciò solo libera il locatore da ogni reponsabilità (vd. art. 1578 cc. it. e § 539 BGB.).

Quale sarebbe l'interesse del conduttore a prendere in locazione *mensurae iniquae*? A riguardo può pensarsi, in accordo con la soluzione di Sabino, proprio al loro uso con dolo nel mercato. Questo spiegherebbe anche perché il *praestare* del locatore sia escluso, e il problema della distruzione delle « misure inique » si ponga solo nella prospettiva dell'*actione locati teneri* del conduttore. La distruzione *ex iussu magistrati* è a suo carico proprio nel caso in cui egli abbia usato 'scientemente' nel mercato le misure (109). Quando, invece, anche lui sia *ignorans*, allora il perimento sarà a carico del proprietario.

Al contrario, il responso di Labeone, approvato da Mela, viene espresso in relazione ad un'ipotesi di *mensurae aequae*, il che esclude che potesse parlarsi di vizio della cosa locata (110). Il giurista augusteo, in questo caso, ritiene di poter imputare al conduttore la distruzione delle misure quando l'ordine dell'edile fosse stato dato per una sua colpa.

Il problema si pone innanzitutto per la possibilità di capire, al di là dell'applicazione della regola del *culpam praestare*, cosa si intendesse qui ricorrendo a questo concetto, non ricordando Ulpiano quali ipotesi di condotte colpose avesse in mente il giurista augusteo. L'unica cosa che può dirsi è che il termine doveva

(109) Il fatto che dalla testimonianza non possa dirsi se il conduttore avesse o meno usato le misure prima della distruzione (così F. HAYMANN, *Miszellen* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 351) non è rilevante, in quanto l'averle soltanto portate al mercato legittimava il magistrato, che faceva i controlli sulle bilance e le misure, a distruggerle.

(110) Il responso labeoniano è introdotto dal *quod* che, come ha rilevato il BRETONE, ha in questo caso la funzione di introdurre una variante alla fattispecie che viene presupposta ; Rc. a MANTHE, *Libri ex Cassio*, in *Iura* 33 (1982), p. 215.

servire, in accordo ai significati già riscontrati in Labeone, a cogliere una condotta riprovevole che avesse in qualche modo condizionato l'ordine del magistrato. Si può ad es. pensare ad un uso irregolare delle misure *aequae*, in contrasto con la normativa degli edili per il mercato; ad un comportamento che abbia, in definitiva, reso opportuno l'atto magistratuale (111).

F. *La scelta di un* mulio *negligente come* culpa *del locatore (D.19,2,60,7).*

Lab. *post.* l.5 *a Iav. epit.* (D.19,2,60,7)

Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem verso damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.

A prescindere da questioni relative alla paternità dell'intero passo a Labeone (112), voglio ricostruire il filo logico del respon-

(111) A riguardo sebbene potrebbe pensarsi ad un errore dell'edile rispetto a misure regolari, si è ritenuto che, data la loro prepesatura da parte dell'edile stesso nella sua funzione di controllo del mercato cittadino (TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, Leipzig [1887 ^{3}], Hirzel, II, pp. 499-500), una tale ipotesi debba escludersi. Questa constatazione sarebbe coerente poi con il fatto che Labeone indica al giudice privato la via dell'indagine sulla colpa del conduttore che ha determinato l'ordine dell'edile, escludendo quindi una condotta illecita di quest'ultimo; TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete* cit., p. 367. Il MACCORMACK individua il contenuto della *culpa* in un comportamento del conduttore che « put the weights to some unlawful use and so brought about the intervention of the magistrates »; *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972),R.A., p. 198. Vd. altresì F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., p. 65; p. 270.

(112) L'ALBERTARIO rifiuta tutta la valutazione giuridica del caso; *Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni*, Pavia (1913), Mattei, p. 19; vd. altresì W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., p. 329. Ingiustificata la proposta di BESELER di cambiare tutto il tenore del passo in impersonale « ⟨*dedi*⟩ *[dedissem]*; ⟨*ait*⟩ *[aio]*; ⟨*elegi*⟩ *[elegissem]*; (in ZSS.45 (1925) R.A., p. 440) visto che proprio la costruzione in prima persona è uno degli indizi che rafforzano, nella serie-*Labeo* dei

so, cercando poi di precisare se siano individuabili delle stratificazioni nella valutazione giuridica. Nel caso ricordato un mulo del conduttore perisce per la negligenza del 'servo'-*mulio* locato. Il parere distingue innanzitutto a seconda che lo schiavo si sia dato a locazione (113), oppure se sia stato il *dominus* a locarlo.

Nel primo caso il *dominus/locator* (*Ego*) risponde nei limiti delle *actiones de peculio et de in rem verso* nei confronti del conduttore (114). Nel secondo caso si afferma che il locatore non deve garantire oltre alle conseguenze delle proprie condotte dolose e colpose. Tale affermazione è seguita dal periodo *quod si/ te adficeret*, che ne rappresenta un'importante precisazione.

Se il *conductor* (*Tu*) non ha indicato una persona definita, ed è il *locator* a consegnare il mulione, allora la negligenza di quest'ultimo si considera contenuta nel suo *culpam praestare* in quanto sarebbe lui che lo avrebbe scelto.

Il parere si sviluppa attraverso una serie di distinzioni e sotto- distinzioni nello sforzo di comprendere tutte le variabili della fattispecie. Esso può essere così schematizzato:

ipotesi *a*): « il *servus* si dà in locazione » = *actio de peculio et de in rem verso* contro il *dominus*;

---

posteriores la paternità labeoniana delle soluzioni ricordate (vedi F. Schulz, *Geschichte* cit., pp. 257-258; ed ora D. Mantovani, *Sull'origine dei libri post.* cit., p. 281). Già da tempo comunque se ne è riconosciuta la sostanziale genuinità (F. Schulz, *Die Haftung für Verschulden* cit., in *GrünhZ.* 38 (1911), p. 51; E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin II.1 (1922), p. 75 n. 4). Sul passo vd. altresì P. Stein, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law* cit., pp. 106 sg.; Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., pp. 160 sgg.; C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 133-134 n. 655; J.A.C. Thomas, *Actiones ex locato/conducto* cit., in AJ. (1978), pp. 129-130; G. MacCormack, *Culpa in eligendo* cit., in RIDA.18 (1971), pp. 545-546; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II p. 909; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 363; p. 384; I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., pp. 74-77; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 14.

(113) Cfr. sulla prassi servile di 'darsi in locazione', R. Martini, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano (1958), Giuffrè, p. 40.

(114) Si sarebbero applicati i criteri propri di quelle azioni e non quello del *culpam praestare* del *dominus*; di diverso avviso Zimmermann, che pensa anche in questo caso ad una *culpa in contrahendo*; *The Law of Obligations* cit., p. 362.

ipotesi *b*): « il proprietario loca il *servus* »:

α - regola generale del *dolum et culpam praestare*;

β - precisazione del perché si richieda un *culpam praestare* e la rilevanza della *electio* dello schiavo.

Tra la descrizione dell'esempio e parte *b*).β si individua una coerenza terminologica e sostanziale; la parte *b*).α d'altronde inserisce, dopo l'ipotesi dell'*ipse se locare*, la questione relativa alla tutela *ex conducto* nel caso di locazione del 'servo'-mulione da parte del *dominus*, richiamando poi il contenuto normale del *praestare* dello stesso locatore-*dominus* (115).

Questo porta a riconoscere una logica interna al ragionamento ed a dare particolare importanza alla parte *b*), dove viene indicata l'ipotesi, questa volta non esemplificativa ma tassativa, di quando il giurista augusteo consideri nel caso di specie il locatore in colpa (116). Il fatto che egli « abbia scelto » un *servus* inadatto a svolgere la funzione per cui è locato permette di riconoscere un suo *culpam praestare oportere* anche rispetto alle conseguenze dannose della condotta negligente di quello (117).

Si è ipotizzato un contrasto tra questo modo di risolvere la questione ed il criterio di Mela testimoniato in D.9,2,27,34 in un caso di *mulionem imperitum pro peritum locare* (118). Si è, infatti, affermato che, data l'esistenza di un obbligo di consegnare un *servus* esperto, la *neglegentia* possa avere soltanto il significato di « contingente comportamento concreto dello schiavo », il che escluderebbe una qualsisasi rilevanza della *electio*, dato che la

---

(115) Vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 909 e n. 139.

(116) Per il MacCormack Labeone dà un esempio di *culpa*; *Culpa in eligendo*, in RIDA.18 (1971), pp. 545-546. Ritengo però che non si tratti di un esempio, ma dell'unico caso in cui, per il giurista augusteo, la *neglegentia mulionis* rientri nella *culpa locatoris*. D'altronde si ritiene solitamente itp. il « *culpam meam* » della parte *b*). α e non la *culpa* della parte *b*). β; vd. ad es. F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin (1912), p. 52 n. 2; K. Heldrich, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß* cit., p. 23; I. Molnár, *Verantwortung* cit., p. 624. Il Thomas dubita che Labeone abbia usato la parola *culpa*; *Actiones ex locato/conducto* cit., p. 130.

(117) Cfr. P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 107.

(118) Vd. ora R. Knütel, *Probleme bei der Übersetzung der Digesten*, in ZSS.111 (1994) R.A., pp. 390-392.

cattiva condotta del *mulio* non dipenderebbe da una « qualità, presente al momento del contratto » (119). A mio avviso, però, bisogna tener conto del fatto che il criterio di Mela fonda il rimprovero mosso al locatore sul fatto che egli loca un mulione inesperto per esperto. Al contrario Labeone vuole evitare proprio il giudizio sulla idoneità del *servus* su cui cade l'*electio* del locatore, considerando quest'ultimo, per il semplice verificarsi della scelta stessa, *in culpa* per il perimento del mulo dovuto ad una negligenza del 'servo'-*mulio*, prescindendo quindi dall'ulteriore valutazione se lo schiavo potesse o meno considerarsi effettivamente *peritus* (120).

È interessante notare come lo sforzo di concludere e mettere a carico del locatore opera nell'esclusiva prospettiva della *culpa* (in questo caso *in eligendo*) (121). La particolarità, accentuata dallo stesso Labeone (*illam 'quoque' culpam*), è che qui la regola del *culpam praestare* del locatore viene, per così dire, estesa ad un'ipotesi in cui il riconoscimento del *praestare* non si fonda di fatto su una concreta colpa di quello, ma si presume dalla negligenza del *servus*. 'Anche' (*quoque*) questa deve considerarsi una *culpa* di cui si deve rispondere ogni qualvolta vi sia stata l'*electio*.

G. *Il* teneri *del conduttore per il danno subìto da una cosa del locatore non oggetto della locazione: l'assenza di una sua condotta qualificabile come colposa e il concorso di* causae *(D.19,2,57).*

Iav. l.9 *ex post.Lab.* (D.19.2.57)

Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementicia locatoris erant congessit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita parieti eius qui locaverat umore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est: hoc probo.

Il caso è particolarmente complesso (122), e nella stessa descrizione del fatto si elencano in modo puntuale tutte le circostanze che hanno portato al crollo degli edifici non locati. Il proprietario di una *domus* concede in locazione al proprio vicino un'*area* contigua a questa; costui utilizza l'*area* come zona di scarico della terra accumulata nell'*aedificare* nel proprio terreno; la *congestio terrae* è descritta quantitativamente come maggiore delle fondamenta cementizie del locatore (123); su questa terra si riversano frequenti pioggie; in seguito a queste circostanze la parete della *domus* del locatore si indebolisce riempiendosi di *umor* (124), tanto da far crollare gli edifici.

(119) C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., p. 254 n. 3; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 14.

(120) Vd. ora in questo senso I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., pp. 76-77. D'altronde va detto che, molto probabilmente, in questo periodo l'*imperitia* non era ancora una *culpa*; vd. ora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 14.

(121) Vd. ad esempio R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., in ZSS.100 (1983) R.A., p. 359 n. 73; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 362; ed ora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 10 n. 187.

(122) Sul passo soprattutto A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Recht* cit., pp. 176-178; B. BRUGI, *Subseciva II Ad l.57 D. loc. cond. 19,2*, in AG.38 (1887), pp. 493-495; E. RABEL, *Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers*, in *RheinZ.* 1 (1909), pp. 211-212; G. BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, in *Acta Congr. Iur. Int.* I, Roma (1935), p. 343; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 178; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova (1937), Cedam, p. 337 e pp. 370 sg.; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., pp. 201-204; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 291-294; F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., pp. 166-167; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., pp. 132 sgg.; ID. *Causa mortis* cit., pp. 44-45 e 162 sgg.; J.A.C. THOMAS, *Actiones* cit., in AJ. (1978), p. 128; G. MACCORMACK, *Juristic Interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi Sanfilippo* I, pp. 264-266; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 626; G. VALDITARA, *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano* cit., pp. 439-440 n. 471; J.M. RAINER, *Servius und Labeo* cit., in *Ars boni et aequi* cit., p. 298 e n. 45.

(123) Sull'importanza di questo dato rispetto al crollo vd. le considerazioni di B. BRUGI, *Subseciva* cit., in AG.38 (1887), pp. 494-495.

(124) Il PERNICE ritiene itp. proprio [*umore praestituto*] (*Zur Lehre von den Sachbeschädigung* cit., p. 176); a mio avviso il ricorso ad un ablativo assoluto è coerente, invece, alla sintassi del periodo, nel quale si succedono azioni 'temporalmente' concatenate.

Labeone ritiene che in questo caso sia possibile agire solo *ex locato* e non *ex lege Aquilia* contro il conduttore dell'*area*, perché non è stato il medesimo ammassamento a produrre il danno, ma l'umidità successiva. L'azione per il *damnum iniuria datum*, continua il giurista, può essere esercitata, invece, in quelle ipotesi in cui il danno non sia stato arrecato da un'*alia causa* proveniente dall'esterno (125).

Il giurista pone a confronto i diversi presupposti delle due azioni, guardando al problema nella prospettiva dell'*actione teneri* (126). La motivazione del parere considera come *causae* tutte le circostanze che hanno portato al crollo (127). Questa valutazione dimostra come per il giurista nessuna di queste assumesse una particolare efficacia rispetto alle altre nella produzione dell'effetto, sebbene si colga una certa critica nell'ammassamento della terra *amplius quam fundamenta cementicia*. In sostanza l'aver ammassato la terra nell'area locata, le pioggie e l'umidità che ne è derivata, si pongono su un piano di concorrenza causale.

Il contrasto che il giurista accentua è nella rilevanza o meno di questa concorrenza nel rispondere aquiliano. Nell'interpretazione del « SI QUIS ALTERI DAMNUM FAXIT, QUOD...RUPERIT INIURIA », l'*alia causa extrinsecus oblata* impedisce l'imputazione del danno a chi abbia ammassato la terra (128).

(125) Non è necessario riconoscere all'*extrinsecus* un significato di « unerwartet von außen kommenden Umstand nicht gehaftet. Denn ein ganz ungewöhnliches Ereignis nicht vorherzusehen, ist keine culpa »; A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* cit., p. 177, dato che qui l'*alia causa extrinsecus oblata* fa riferimento alle pioggie, che, seppure ricorrenti, non possono certo considerarsi una *vis*, e alla conseguente umidità.

(126) Il tenore del passo tratto dalla serie-*Iavolenus* dei *posteriores* dimostra comunque che il responso del giurista augusteo è tramandato fedelmente, dato che l'apporto di Giavoleno si limita all'eliminazione della domanda, accordandosi per il resto con la soluzione del giurista autore dell'opera epitomata (« *hoc probo* »).

(127) Sulla omogenea percezione delle diverse condizioni come *causae* depone l'uso dell'*alia causa*; cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 203; D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., pp. 133.

(128) Si rende intellegibile per lo SCHIPANI lo « sforzo di separare ogni causa e di circoscrivere l'efficienza causale stessa giuridicamente rilevante attraverso il limite definito dal sopraggiungere di un'altra causa indipendente »; *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit., p. 226; vd. altresì D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., p. 133-134.

Non invece quando si interpreti il « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA » dell'*actio ex locato*, in quanto in questo caso è possibile porre a carico del conduttore il crollo (129). La differente soluzione potrebbe trovare una propria giustificazione, oltre che nella impossibilità di far rispondere *ex lege Aquilia* chi non abbia arrecato un danno *corpore corpori*, nella diversa valutazione dell'ammassamento del terreno *amplius quam fundamenta cementicia*: in un caso come condotta *non iure*, in un altro caso come condotta contrastante con la *fides bona*. Solo questa seconda prospettiva, infatti, sembra permettere di imputare l'accaduto al conduttore.

Si è riconosciuta, proprio in relazione alla indagine sulle *causae*, l'acquisizione e l'uso consapevole da parte del giurista delle « teorie causali » filosofiche e retoriche (130). In sostanza Labeone, considerando tutte le circostanze concorrenti su uno stesso piano per la produzione dell'effetto, ricorrerebbe al concetto di *causa* per imputare al conduttore il crollo degli edifici, seppure l'ammassamento della terra lo abbia condizionato solo indirettamente.

Si è affermato, altresì, che questo sarebbe un « impiego ardito del criterio della *bona fides* », in quanto il danno che viene tutelato con l'azione contrattuale non è un danno della *res locata*, cioè l'area, ma colpisce una cosa completamente estranea al rapporto negoziale, il che renderebbe insostenibile la sua considerazione in termini di torto contrattuale (131). Va detto, però, che il danno occorso incide sul locatore e scaturisce nell'àmbito di una situazione che senza il contratto non si sarebbe data, il che giustifica agli occhi dell'*oportere ex fide bona* una valutazione del problema in termini di inadempimento del conduttore, in

(129) Cfr. a riguardo D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., p. 133; ID., *Causa mortis* cit., p. 165.

(130) D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme* cit., p. 143; l'esegesi del passo a pp. 132 sgg.; ID. *Causa mortis* cit., pp. 44-45 e p. 168; il MACCORMACK preferisce parlare di « causalità naturale »; *Juristic interpretation* cit., p. 265.

(131) C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., pp. 293-294; il VALDITARA accentua la possibilità, in base a questo passo, di risarcire con l'*actio locati* « cespiti che si configurerebbero *extra causa locationis* »; *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano* cit., pp. 439-440 e n. 471.

particolare dell'obbligo di non danneggiare nell'uso della cosa locata il patrimonio dell'altro contraente (si pensi alle clausole sul *damnum datum* dei formulari d'asta di Catone *de agricultura* 149; vd. *supra* cap.I § 5).

Rispetto, poi, alla *ratio* del parere, bisogna, a mio avviso, evidenziare una cosa: il danno che si è prodotto trova una sua *causa* in un certo uso che il conduttore fa della *res locata*, uso che se non è una colpa, è comunque quantomeno imprevidente (*amplius quam fundamenta cementicia*). Che Labeone, però, non vedesse nella condotta del conduttore una imprevidenza tale da perfezionare con sicurezza una *culpa*, mi sembra possa sostenersi sia in base all'uso del concetto di *causa*, sia in base all'approfondimento, altrimenti non necessario, del concorso causale, dato che per questo giurista anche rispetto ad eventi che come tali sarebbero qualificabili come *vis*, la *culpa praecedens* avrebbe permesso di porre a carico del conduttore il danno (vd. per l'atto del magistrato D.19,2,13,8; per il naufragio D.19,2,13,1) (132). Forse, ricorrendo a *causa* e non a *culpa*, si aumenta il numero delle ipotesi che conducono all'*actione locati teneri* del debitore. Sia la difficoltà di qualificare la condotta del conduttore come sicura espressione di una colpa, sia l'impossibilità di riconoscere nelle successive circostanze naturali una « forza irresistibile ed esterna », condizionano la scelta di indagare il concorso di queste diverse *causae* (133), e la stessa assenza del *praestare*.

Proprio il ricorso al concetto di *causa* permetterebbe al giurista di considerare il crollo come un accadimento di cui il conduttore deve essere tenuto verso il locatore. In sostanza per Labeone il giudizio di buona fede avrebbe permesso, attraverso un'approfondita indagine del concorso di *causae*, di porre a carico del conduttore il crollo della parete e degli edifici, di per sè cose estranee al rapporto locativo, e ciò in quanto l'accumulo di terra

(132) Vd. D. Nörr, *Causa mortis* cit., p. 161.

(133) Esattamente C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per 'colpa'* cit., p. 293; di contrario avviso il Molnár che parla di « ein kulpose Verhalten »; *Verantwortung* cit., p. 626. Sul rapporto tra *causa* e *culpa* in relazione ai *iudicia bonae fidei* vd. altresì le considerazioni di O. Behrends, Rc. a D. Nörr, *Causa mortis*, in *Gnomon* 61 (1989), pp. 685 sgg. in particolare pp. 695-700.

sull'*area locata, amplius quam fundamenta cementicia*, è la prima di una serie di *causae*, cioè di circostanze aventi la medesima efficacia, che avrebbero portato all'evento.

H. *Divieto pattizio di raccogliere il fieno nella* villa urbana locata*: rapporto 'causale' tra la raccolta del fieno e il* succendere *del* servus (D.19,2,11,4).

Ulp. l.32 *ad ed.* (D.19,2,11,4)

Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.

In una locazione di una *villa* urbana si fa divieto al conduttore, attraverso una specifica convenzione, di raccogliere il fieno. Contrariamente a quanto stabilito, il conduttore lo raccoglie. Successivamente uno schiavo di questo, avendovi portato il fuoco, causa un incendio. Labeone ritiene che il conduttore sia tenuto *ex locato*, perché egli stesso avrebbe predisposto la *causa* andando *contra conductionem*, cioè contro il particolare contenuto di quel contratto (134). Anche in questo caso il giurista guarda al problema nella prospettiva della soggezione all'azione.

Ulpiano ricorda il fatto ed il parere labeoniano in modo sintetico, senza che ciò possa però condurre a negarne la genuinità (135). Da un punto di vista della indagine delle circostanze che

(134) Il de Francisci, seguendo il Faber, modifica proprio il « *conductionem* » in « *conventionem* »; *Synallagma* II, Pavia (1916), Mattei, p. 481; così anche Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., p. 197 n. 52. In realtà il *conductionem* sta proprio a significare che una volta conclusa la *conventio*, il divieto è considerato automaticamente nel contenuto tipico di quella locazione.

(135) Che invece ipotizzano F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 238; H.H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 195; G. Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, (1952), pp. 84 sg.; M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., in SDHI.20 (1954), pp. 157-158; B.W. Frier, *Tenant's liability* cit., in ZSS.95 (1978) R.A., p. 249. Per la genuinità sostanziale si schierano ora J.A.C. Thomas, *Digest 19,2,9,3*, in ZSS.79 (1962) R.A., p. 337; C. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 146 n. 701; I. Molnár, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., pp. 634-635; per il Nörr, infine, le imprecisioni pongono solo « Emen-

hanno portato all'incendio, si individua una prima condotta del conduttore che contrasta con il divieto pattizio, e quindi illecita, ma che non sembrerebbe produrre di per sè alcun danno alla *res locata*; ed una successiva condotta dello schiavo (*deinde servus... succendit*), nè riprovevole, nè illecita perché vietata (il divieto formalmente era relativo alla raccolta del fieno), che produce però il danno.

È interessante notare come la constatazione che il conduttore non abbia adempiuto al divieto pattizio non determini automaticamente un suo *teneri* rispetto alle conseguenze dannose del comportamento del *servus*. Labeone, invece, motiva questa soluzione ponendo l'accento sul fatto che la condotta del conduttore vietata ha predisposto una *causa*, sicuramente particolarmente qualificata perché illecita, dell'incendio (136).

Sembrerebbe, poi, che la condotta vietata, rispetto all'*illatio ignis* dello schiavo e non al divieto pattizio, non sia stata considerata una *culpa* del conduttore, in quanto se così fosse stato, non vi sarebbe stato bisogno di approfondire il concorso delle *causae*, riconoscendosi in caso di *culpa praecedens*, come abbiamo già visto, un *teneri* del conduttore anche per le conseguenze della *vis* (D.19,2,13,1; D.19,2,13,8). Ciò spiegherebbe, altresì, perché anche in questo caso al *teneri* del conduttore non corrisponda un suo *praestare oportere*. Il fatto che si giustifichi il *teneri ex locato* in base alla natura di *causa sine qua non* della raccolta del fieno, dimostra come la condotta illecita del conduttore, perché vietata, e il *succendere* del *servus*, fossero visti dal giu-

dations- nicht Interpolationsprobleme »; *Causa mortis* cit., p. 22; vd. altresì C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8.

(136) Esattamente D. NÖRR, *Causa mortis* cit., p. 22 e p. 161; l'ALZON parla invece di « faute »; *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 147 n. 701. A parte si situa il CANNATA, che ritiene trattarsi di « colpa determinata dalla violazione di un limite contrattuale »; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 8. A riguardo, non c'è dubbio che l'aver raccolto il fieno fosse in quello specifico contratto una condotta illecita; il problema, però, è quello di precisare se tale condotta fosse o meno una *culpa* rispetto alla causa diretta del danno. La motivazione di Labeone (*quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem*) non lascia àdito a dubbi: il conduttore risponde dell'accaduto perché, raccogliendo il fieno contro ciò che stabiliva il contratto, egli predispose la 'causa'.

rista augusteo concorrere insieme e con la stessa 'efficacia' alla produzione dell'evento.

Tutto ciò pone, però, un ulteriore problema: la raccolta del fieno come 'prima causa' sarebbe stata di per sè sufficiente in mancanza del divieto pattizio, quindi nell'impossibilità di considerarla una condotta *contra conductionem*, a riconoscere un *teneri ex locato* del conduttore?

Ritengo si debba considerare che a differenza della L.57 (D.19,2), dove l'uso particolare dell'area, in un certo qual modo criticato (*amplius quam fundamenta cementicia*), non poteva essere vietato in quanto ragione stessa del contratto, nel caso qui esaminato la *conventio* ha la funzione esplicita di porre un limite preciso all'uso della *res locata*, limite che non impedisce il godimento del bene locato, ma senza il quale la semplice raccolta di fieno non avrebbe comportato un giudizio negativo, sì da porre la questione in termini di 'responsabilità' per il fatto di un proprio schiavo. Una volta concluso il patto, però, aver raccolto il fieno diviene un comportamento illecito rispetto al contratto (*inferendo contra conductionem*). Da qui la possibilità di riconoscere un *teneri ex locato* del conduttore non solo rispetto ai danni che direttamente vi si ricollegassero, ma altresì rispetto a quei danni che solo 'indirettamente' trovavano nella raccolta del fieno, che per la specifica *conventio* era una condotta illecita, una *causa*, in concorso con la quale si ha un'altra circostanza avente un'analoga efficacia.

I. *Il* custodiam praestare *di alcuni conduttori.*

a) Il furto dei vestiti locati al *fullo*; D.19,2,60,2.

Labeo *post.* l.5 *a Iav. epit.* (D.19,2,60,2)

Vestimenta tua fullo perdidit, et habes unde petas, nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tum fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.

Il caso ha ad oggetto il furto delle vesti date al fullone; la

particolarità sta nel fatto che si sa chi sia il ladro, e potendo il locatore agire contro di lui (*habes unde petas*), si preferisce non farlo. L'uso del *repetere* a riguardo farebbe pensare non solo ad un'*actio furti*, ma anche ad una *condictio ex causa furtiva* o ad una *rei vindicatio* (137). Il parere di Labeone è abbastanza articolato: *Tu* può comunque agire *ex locato* contro il fullone, ma dovrà essere il giudice a valutare se sia di fatto possibile agire contro il ladro e conseguire le *res* rubate a spese del fullone; oppure, se ciò sembri impossibile, agire contro il *fullo* per ottenere il valore delle *res*, dovendosi però in questo caso garantire a quello le azioni per la loro restituzione.

La soluzione ha posto problemi di genuinità (138), seppure già da tempo si sono avute posizioni conservative (139). In parti-

---

(137) In quest'ultimo senso TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 209.

(138) Considerata insiticia è proprio la parte relativa all'*aestimatio iudicis*; cfr. ad es. A. FABER, *Coniecturam iuris civilis libri XX*, Coloniae (1630), XI, 11; F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in ZSS.11 (1890), R.A., p. 21; F. SCHULZ, *Klagencession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS.27 (1906), R.A., p. 104 n. 3; più cauto in *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in ZSS.32 (1911), R.A., pp. 60-61; P. HUVELIN, *Ètude sur le furtum* cit., I, pp. 554 sg.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 308 n. 3; J. PARIS, *Responsabilité* cit., pp. 73 sg.; J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in AUPA.12 (1926), pp. 118-120; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei* cit., p. 235 n. 3; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 150 n. 2; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 209.

(139) Vd. in base a Gai.l.10 *ad ed. prov.* (D.19,2,25,8), dove si parla nuovamente di « *actiones praestare* » del *dominus*, E. LEVY, *Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß*, in ZSS.42 (1921) R.A., p. 501 n. 4; ID., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen u. Personen*, Weimar (1962), Böhlaus, pp. 7-19; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 151-152 n. 720; J.A.C. THOMAS, *Furtum and Locatio conductio*, in *The Irish Jurist* 11 (1976), pp. 170-174; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.II 14 (1982), p. 596. Da ultimi R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., pp. 175-176; T. ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn/München/Wien/Zürich (1988), Schöning, p. 85; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes* cit., p. 101. Il presunto contrasto ipotizzato dal MAYER-MALY (*Locatio conductio* cit., p. 209) tra la L.60,2 (D.19,2) e la L.91 (D.47,2) è fondato su una incomprensione, in quanto in questa seconda testimonianza non si esclude, in modo così netto, come questo A. ritiene, che il *dominus* non possa scegliere tra agire o non agire direttamente contro il ladro, ma si dice solo che il fullone non avrebbe più « interesse » all'*actio furti*, una volta che il *dominus* abbia rinunciato, per qualsiasi motivo, ad agire contro di lui *ex locato*; vd. esattamente G.I.

colare si è sempre cercato di spiegare il parere in termini di « responsabilità per custodia » (140). Tutto questo, però, data l'assenza di un preciso riferimento testuale, deve essere chiarito.

Come abbiamo visto, il perimento per furto della *res* non sembra trovare in origine una soluzione in termini di *custodiam praestare*, dato che i *veteres* quando ne parlano in tema di comodato, lo fanno in relazione alla fuga dei cavalli e dei servi dati legati (*vincti*) (D.13,6,5,6 e 9), e che nei *Digesta* di Alfeno Varo, per il furto della *materia empta*, si applica la regola del *periculum venditoris* come espressione del *praestare* proprietario (D.18,6,15 [14],1).

Non sembra quindi potersi riconoscere con sicurezza una regola che, nell'età prelabeoniana, portasse a risolvere il perimento per furto in termini di *custodiam praestare*. Si deve anzi pensare che proprio in questa età si cominciasse ad estendere, forse per motivi probatori, la regola dei *veteres*, elaborata in relazione alla fuga, anche ad altre *res* non necessariamente *pretiosiores* e *mobiles* (D.21,1,1 pr.) e ad altri rapporti obbligatori che permettessero una analogia con l'obbligazione di restituzione del comodatario.

La *quaestio* che sollecita il *respondere* labeoniano, d'altra parte, presuppone la possibilità che si potesse porre un problema di azione contrattuale nei confronti del fullone, quando il proprietario fosse in possesso di un'altra azione per il recupero delle cose rubate e cioè quando il locatore poteva per altra via recuperare le sue cose o quanto meno il loro valore. A questa prima questione il giurista augusteo risponde in ogni caso affermativamente, spostando i termini del problema nella fase *apud iudicem*. In questa fase, infatti, l'opportunità di agire contro il ladro viene sottratta alla discrezionalità del locatore-*dominus*, per essere sottoposta all'*aestimatio iudicis*.

Il fullone è tenuto in ogni caso (l'*ex locato agere* corrisponde

---

LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 150 n. 2 [ivi citata erroneamente come L.90].

(140) Vd. ad es. J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti* cit., in ZSS.68 (1951) R.A., pp. 236 sgg.

dal lato attivo all'*ex locato teneri*); ciò che varia è l'entità della condanna: in un caso dovendosi risarcire solo le spese processuali sostenute dal locatore, quando il giudice gli imponga di agire con le azioni *reipersecutoriae*; nell'altro l'intero valore dei vestiti quando invece il giudice giunga alla conclusione contraria. La scelta di articolare *apud iudicem* gli effetti del *responsum* è probabilmente condizionata dalla volontà di offrire una soluzione attenta a tutti gli interessi in gioco, scopo difficilmente perseguibile entro una prospettiva dilemmatica *agere/non agere* (= *ex locato teneri/ non teneri*) (141).

Labeone in sostanza riconosce in ogni caso un *teneri* del fullone rispetto alla perdita per furto dei vestiti, con l'unico temperamento della limitazione della condanna alle spese processuali sostenute dal locatore nel caso in cui quest'ultimo venga obbligato dal *iudex* ad esercitare le sue azioni contro il ladro.

Qual è il fondamento di questa soluzione? Essa riflette, a mio avviso, senza esplicitarlo, il giudizio proprio del *custodiam praestare*, in quanto si prescinde da un'indagine sul comportamento del fullone, e si riconosce in ogni caso un suo *teneri* rispetto alle conseguenze del furto, differenziate quest'ultime nella loro entità pecuniaria in base ad una valutazione giudiziale.

Sebbene, allora, l'assenza del ricorrere del termine imponga una certa cautela, ritengo che ciò non impedisca di riconoscere l'applicazione della regola del *custodiam praestare* rispetto all'ipotesi del furto. In sostanza per Labeone chi, in quanto fullone, si obbliga a svolgere una specifica attività economica a pagamento, risponde non soltanto della 'professionalità' con cui svolge il lavoro richiesto sui vestiti altrui, ma si fa garante anche dell'incolumità di questi in relazione ad eventuali furti.

b) Il *custodiam praestare* dell'*horrearius* (D.19,2,60,9).

Il precedente passo ha posto in evidenza come nel giurista augusteo emerga con molta probabilità un'obbligazione del la-

(141) È chiaro allora che per chi accetta l'itp. della seconda parte del passo, Labeone si sarebbe attenuto ad un responso in cui si riconosceva una « responsabilità assoluta per un determinato evento »; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 150 continuazione n. 2.

vandaio-conduttore di *stare praes* in ogni caso per il furto dei vestiti del locatore, secondo una logica sostanzialmente analoga a quella che caratterizza il primo apparire nelle fonti del *custodiam praestare*, rispetto però alle ipotesi della fuga degli animali e dei servi *vincti* dati in comodato.

D'altronde la formulazione si incontra in un altro passo di questo giurista rispetto alla locazione degli *horrea*.

Labeo *post*. l.5 *a Iav*. *epit*. (D.19,2,60,9)

Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi in locando aliter convenit.

Labeone afferma che l'obbligazione del magazziniere di *custodiam praestare*, rispetto alle cose locate, non deve riconoscersi anche per il locatore di tutti gli *horrea*, salvo che non si stabilisca diversamente nella conclusione della locazione (142).

A riguardo è significativo approfondire la ragione del differente trattamento (143), che esclude possa riconoscersi uno stesso *custodiam praestare* per il locatore di tutti i magazzini (144). Capire le ragioni di questa differenza permette, infatti, di comprendere la logica labeoniana del riconoscimento del *custodiam prae-*

(142) L'EISELE (*Beiträge zur Erkentnis der Digesteninterpolationen*, in ZSS.13 (1892) R.A., p. 152) ritiene quest'ultima precisazione una sicura itp., senza però fornire a questo assunto una seppur minima giustificazione sostanziale, ma fondandolo semplicemente sulla presunta paternità giustinianea delle delimitazioni introdotte dalle « Nisisätze ».

(143) Vd. sul passo V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 118-119; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito* cit., p. 228; J. MIQUEL, *Periculum* cit., p. 180; J.A.C. THOMAS, *Custodia and Horrea*, in RIDA.6 (1959), p. 378; F. WUBBE, *Zur Haftung des Horrearius*, in ZSS.76 (1959) R.A., pp. 508 sgg.; C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in SDHI.30 (1964), pp. 239-240; J.A.C. THOMAS, *Return to 'Horrea'*, in RIDA.13 (1966), pp. 353 sgg.; A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, in *Labeo* 26 (1980), pp. 301-302.

(144) In dottrina si è creduto di poter spiegare il particolare contenuto del « *praestare* » in base alla qualificazione del contratto non come locazione di cosa, ma come *locatio operis* (F. WUBBE, *Zur Haftung* cit., p. 513) o *operarum* (J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur 'actio furti'* cit., in ZSS.68 [1951] R.A., p. 232); cfr. però le giuste osservazioni critiche di A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung* cit., p. 309.

stare. Perché secondo buona fede solo il locatore-magazziniere, e non chi loca i magazzini a chi esercita questa attività, risponde del furto?

Tra la posizione dei due locatori, la differenza è data dalla funzione economicamente e socialmente tipica di fornire custodia e sorveglianza per le cose altrui in spazi a ciò attrezzati (145), che solo per chi è *horrearius* è la ragione della locazione, mentre per il locatore di tutti gli *horrea* no. Ciò permette di riconoscere solo per il primo uno *stare praes* per la perdita per furto delle cose custodite (146).

Il fatto poi che si tratti di spazi chiusi adibiti al deposito di *res*, dimostra implicitamente che proprio il furto fosse l'eventualità che si volesse porre a carico dell'*horrearius* (147), il che è coerente con l'adeguamento del significato del *custodire*, richiamato dal concetto di *custodia* della formulazione *custodiam praestare*, una volta che abbia ad oggetto cose inanimate. In sostanza, Labeone vedrebbe il *custodiam praestare* collegato essenzialmente con il particolare contenuto dell'obbligazione di chi loca singole parti del magazzino, che comporta non soltanto l'impe-

(145) A conferma di questa interpretazione si ha un altro responso labeoniano dove si ricorda che l'eventuale esclusione di un *recipere* « a suo pericolo » dell'*horrearius* dei beni preziosi (*aurum, argentum, margarita*) non produce alcun effetto nel caso in cui per una di queste cose si abbia l'*inlatio* nel magazzino e non lo si impedisca, dimostrandosi, così, indirettamente, la preponderanza del profilo dell'attività tipica di sorvegliare e custodire rispetto anche alla contraria volontà preventivamente espressa dal magazziniere (D.19,2,60,6): *Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. Proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur*; vd. J.A.C. THOMAS, *Custodia and Horrea* cit., pp. 371-383; E. BETTI, *Istituzioni* cit., II, p. 371 n. 78; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 610; A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung* cit., pp. 312-315.

(146) Essenziali a riguardo le considerazioni di G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 225 sgg.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 210; E. BETTI, *Istituzioni* cit., II, pp. 368-372; vd. altresì I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 610; C.A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei'* cit., pp. 239-240; in questo senso anche A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung* cit., p. 309.

(147) Il WUBBE ritiene di potersi rispondere a questa domanda con sicurezza solo per l'età successiva a Labeone grazie ad un rescritto di Caracalla (*Coll.* 10,9 = C.4,65,1); *Zur Haftung* cit., pp. 515-516.

gno di mettere a disposizione di altri gli spazi a ciò necessari, ma altresì quello di custodire le cose ivi depositate al fine di evitare il furto.

L. *I contenuti del* praestare, *il* periculum meum (tuum...) esse *e il concorso di* causae *nella locazione come aspetti diversi dell'*actione teneri*: alcune considerazioni conclusive.*

I precedenti passi dimostrano come, anche in relazione alla locazione, sia possibile ricostruire una logica rispondente di Labeone che, attenta alle particolarità delle ipotesi esaminate, sembra permettere una serie di considerazioni di sintesi. In particolare vale la pena volgere la nostra attenzione sul rapporto tra le potenziate applicazioni del contratto locativo e i criteri che questo giurista formula in materia di inadempimento.

Sembra, infatti, riemergere la tendenza a risolvere i problemi collegati alla mancata restituzione del bene locato, sia esso *res* vera e propria, o *opus* da perfezionare, prescindendo da un'indagine sui concreti comportamenti del contraente. Questa tendenza, che sviluppa per così dire il modello serviano, è predominante quando il contratto locativo impegna il contraente a svolgere certe attività, come ad es. la costruzione edile (*qui opus facit*), il trasporto per mare (*navicularius*), il deposito di merci a pagamento (*horrearius*), il lavaggio dei vestiti (*fullo*); (D.19,2,62; D.14,2,10 pr.; D.19,2,60,2; D.19,2,60,9). I nuovi e più complessi problemi a cui il giurista è chiamato a rispondere, lo trovano attento a dare rilevanza alla condotta debitoria non come tale, ma dal punto di vista del risultato da raggiungere, tipizzando in tal modo alcuni inadempimenti in ogni caso imputabili.

Quando, però, secondo questa concezione, il perimento o il deterioramento della *res locata* non possono considerarsi come tali un inadempimento imputabile dell'obbligazione di buona fede, oppure questo si presenta con delle particolarità che non consentono di applicare la regola (vd. il confronto tra D.14,2,10 pr. e D.19,2,13,1); oppure si inserisce in un tipo locativo dove la precedente tradizione giurisprudenziale ha già fissato delle regole (locazione della villa in D.19,2,13,7), allora si hanno pareri

molto articolati, dove si approfondisce il rapporto tra la condotta e le altre circostanze che hanno determinato il perimento.

In questo secondo contesto il giudizio sulla *culpa* recupera una fondamentale centralità nel ragionamento del giurista come contenuto del *praestare*. Nell'approfondimento che ne consegue, si fa percepibile una dogmatica complessa (*culpa*, *neglegentia*, *causa*), densa di sfumature e precise distinzioni, nella quale si scompone la valutazione della condotta del contraente per il giudizio sull'inadempimento, accentuando le relazioni e le differenze tra i diversi fattori che lo hanno determinato. Questo comporta, altresì, valorizzare la ricostruzione di modelli diversi del *teneri* locativo, pieni di potenzialità dogmatiche, di cui non sfuggono, data l'ampiezza di funzioni che questo contratto soddisfa nel diritto romano, l'importanza e la novità.

Va notato, d'altronde, come la stessa terminologia labeoniana, sebbene a volte attraverso notizie mediate da giuristi successivi (148), sembra non accomunare questi diversi modelli sotto l'unitaria prospettiva del riconoscimento del *praestare*, preferendo invece quella più ampia dell'*actione teneri* (su dieci passi ben sei). Al di là del dato statistico, che potrebbe essere condizionato dal limitato numero dei testi che ci sono pervenuti, tale scelta potrebbe però riflettere una tendenza a preferire 'moduli' espressivi che riescano ad esprimere una cristallizzazione dei contenuti del *praestare* (*dolus, culpa, custodia*), che ne fanno uno dei profili, sebbene il più importante, del *teneri ex contractu*, e ad eliminare, forse, quella differenza tra terminologia propria del 'rispondere' contrattuale (riconoscimento del *praestare* come fondamento dell'*actione teneri*) e quella relativa al 'rispondere' extracontrattuale (*actione teneri*). Una conferma a questo assunto po-

(148) Precisamente Giavoleno, Pomponio, Paolo e Ulpiano. Va detto peraltro che rispetto ai passi tratti dall'epitome di Giavoleno dei *Posteriores* (serie *Iav.* « *verum puto* » D.9,2,57; « *hoc probo* » D.19,2,57; serie *Lab.* D.18,1,78,3; D.19,2,60,2; 60,7; 60,9); dai libri *ad Sab.* di Pomponio (*Pomp.* « *et est verum* » D.19,1,6,4); dall'epitome di Paolo ai *Pithana* (*Paulus*: D.19,1,54 pr.; D.19,2,62; D.14,2,10 pr.), si è sempre potuto individuare l'apporto proprio di Labeone, e che anche nelle citazioni ulpianee il ricorrere di *ait* e *scribit* (D.19,1,13,22; D.19,2,11,4; 13,7; 13,1; 13,8) avvalora un'analoga conclusione.

trebbe derivare dal ricorso a questa seconda formulazione ogni qual volta non si ponga un problema di *culpa* (D.19,2,62; 14,2,10 pr.; 19,2,13,7; 19,2,57; 19,2,11,4) e l'azione contrattuale concorra con un'azione extracontrattuale (ad es. *actio commodati / actio ex lege Aquilia* D.9,2,57; *actio locati / actio ex lege Aquilia* D.19,2,57; *actio locati / actiones reipersecutoriae* D.19,2,60,2). A ciò si aggiunga che, almeno in base a D.19,2,62, al *praestare* viene ad aggiungersi, sempre come presupposto dell'*actione teneri*, il *periculum meum (tuum...) esse*, che, a differenza dei passi dei *Digesta* di Alfeno Varo in materia di vendita (D.18,6,13-15), sembra superare un significato meramente materiale, simile per intenderci al *damnum domini (coloni) esse* di D.19,2,15,2, per acquistare un valore semantico specifico rispetto ad un certo tipo di *teneri* del contraente, che accentua la 'spettanza' di un 'pericolo' tipico dell'attività che ci si impegna a svolgere, così come abbiamo visto rispetto ad una diversa ipotesi anche in un responso in materia di *emptio venditio* (D.19,1,54 pr.) e vedremo in materia di negozi atipici (D.19,5,17,1). Rimandando alle pagine conclusive di questo capitolo per ulteriori precisazioni, va detto comunque che la scelta di non parlare di *periculum praestare* nel caso di D.19,2,62, e di *causam praestare* in D.19,2,57 e D.19,2,11,4, potrebbe testimoniare la consapevolezza labeoniana di una differenza tra la regola tradizionale del riconoscimento del *praestare*, come problema collegato ai concetti di dolo, *culpa* e *custodia*, e le nuove soluzioni che Labeone propone.

5. *Il* periculum meum (tuum...) esse *e il* dolum et culpam praestare *nelle figure negoziali 'atipiche'*.

A. *Spettanza del* periculum *del perimento delle perle, date già stimate, in base all'iniziativa negoziale e la regola dell'*et dolum et culpam praestare *dell'*accipiens *(D.19,5,17,1).*

Ulp.1.28 *ad ed.* (D.19,5,17,1)

Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditio-

nem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, et dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Ego ha dato a *Tu* delle perle stimate, affinché quest'ultimo restituisca le perle stesse o il loro prezzo. Prima che venga conclusa la vendita le perle periscono. La domanda vuole sapere chi debba sopportare il « pericolo ». Ulpiano, attraverso un libro di Pomponio, ricorda la soluzione labeoniana: se la proposta è fatta da *Ego* — qualificato come venditore — il « pericolo » è suo, altrimenti se è *Tu* a proporre l'accordo è di quest'ultimo. Nel caso in cui nessuna delle parti abbia assunto un'iniziativa negoziale preponderante per il raggiungimento del consenso, si riconosce, invece, un *praestare* di *Tu* limitato alle conseguenze di sue condotte dolose e colpose. D'altronde — si aggiunge — l'azione a tutela sarà certamente quella *praescriptis verbis*.

Il passo ha dato alcuni problemi in relazione al tipo di fattispecie in esame, propendendo la dottrina da un lato per un'ipotesi di *datio ad inspiciendum* (149) e d'altro lato per un *aestimatum* (150). Per la *datio ad inspiciendum* deporrebbe la qualifica di *Ego* come venditore, che al contrario spetterebbe in caso di

(149) Ph. Meylan, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne (1919), p. 151; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37 (1983), pp. 118-119; A. Burdese, *Sul concetto di contratto* cit., in *Att.Sem. Probl.Contr.* cit. I, p. 32; Id., *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985), p. 21 n. 25; S. Angerer, *Die Gefahrtragung bei den sog. Innominatkontrakten*, in *Festschr.Wesener* (1992), pp. 13-14.

(150) Interpretano la fattispecie come un'ipotesi di *aestimatum* P. de Francisci, *Synallagma*, Pavia (1913), pp. 100-101; E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria « contrahere » in giuristi proculeiani e sabiniani*, in BIDR.28 (1915), p. 31; Id., *Imputabilità* cit., p. 90; A. Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, Berlin/Leipzig (1930), De Gruyter, p. 106; F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar (1936), Böhlau, p. 330; P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano (1946), Giuffrè, p. 257; L. Lombardi, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in BIDR.63 (1960), p. 135; vd. ora R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., p. 119 e n. 137; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., p. 90; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 195 sgg.; 198 sgg..

contratto estimatorio a *Tu* (151). A riguardo però potrebbe essere solo un problema del giurista moderno quello di voler inquadrare la fattispecie in una delle due ipotesi, rilevando per il giurista augusteo, ai fini del responso, probabilmente soltanto la sua 'atipicità' (152). Difatti la questione per cui viene investito il giurista non è quella della qualifica della fattispecie negoziale, ma quella di chi debba sopportare il perimento delle perle nel caso in cui si consegnino cose proprie ad altri, con l'alternativa di riconsegnarle o di pagarne il valore, il che poteva o meno implicare per l'*accipiens* il diritto di venderle a terzi (obbligandosi in questo caso nei confronti del *dans* a pagare solo il valore stimato). Ai tempi di Labeone, d'altronde, data la mancanza anche per il contratto estimatorio di un'azione edittale tipica, l'eventuale tutela può attuarsi solo attraverso un'azione particolare, che Ulpiano riconosce appunto come *praescriptis verbis* (153).

Più importante ai fini dell'approfondimento della *ratio decidendi* è comprendere quale fosse il tenore della *formula* dell'azione che Labeone concede al proprietario. La dottrina più recente, superando l'opinione prevalente durante la critica interpolazioni-

(151) Ma vd. ora per una plausibile spiegazione F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 200-201.

(152) Sull'azione estimatoria vd. L. Lombardi, *L'actio aestimatoria e i 'bonae fidei iudicia'*, in BIDR.63 (1960), pp. 129 sgg.; proprio la constatazione che in età ulpianea esisteva un'azione edittale *aestimatoria* permetterebbe di riconoscere la sostanziale genuinità del riconoscimento labeoniano dell'azione per una fattispecie atipica; cfr. M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., p. 91.; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 201-202.

(153) È significativo che sia tra quegli autori che ritengono trattarsi di una *datio ad inspiciendum* (vd. R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., pp. 119-120), sia tra quelli che pensano ad un contratto estimatorio (M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., pp. 90-91; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 201-202) si perviene, con argomenti convincenti, alla sostanziale paternità labeoniana della tutela della fattispecie attraverso un'azione 'atipica'. Sulla paternità ulpianea della formulazione « *praescriptis verbis* » nel passo qui esaminato la dottrina non è concorde; vd. da ultimo J. Kranjc, *Die 'actio praescriptis verbis' als Formelaufbauproblem*, in ZSS.106 (1989) R.A., pp. 434 sgg. in particolare p. 451. Questo A. dopo aver riesaminato le fonti in materia conclude che Labeone « spricht... noch nicht von der *actio*, sondern vom *agere praescriptis verbis* bzw. von der *civilis actio in factum* » (pp. 450-451). Vd. però sul punto F. Gallo, *op. ult. cit.*, pp. 223 sgg.; 242-243.

stica (154), e riprendendo, a riguardo, posizioni già di fine ottocento (155), ha evidenziato la possibilità di ricostruire proprio per il giurista augusteo le modalità del riconoscimento e degli strumenti di una tutela delle fattispecie atipiche (156). Sorvolando sul problema terminologico della qualifica labeoniana di queste azioni (157), si è concordi nel modo di costruzione della *formula*, che a fronte di un'*intentio* di un'azione civile tipica, a tutela di una fattispecie che il rapporto atipico perfeziona solo in parte, trova in una *praescriptio* o comunque in una *demonstratio* la preventiva descrizione dei suoi presupposti di fatto (158).

Da questo punto di vista per il fr. in esame è possibile con certezza sapere l'impianto interpretativo che descriveva la pretesa di *Ego* contro *Tu*, ed in particolare l'obbligazione di quest'ultimo, in quanto sia nel caso si interpreti la fattispecie come una *datio ad inspiciendum* per la vendita delle perle, sia che si pensi ad un contratto estimatorio, si sarebbe comunque utilizzata un'*intentio* diretta al « QUIDQUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA », fatta precedere dalla descrizione delle particolari modalità dell'atto attraverso una *praescriptio* o una *demonstratio*. Chiarito questo punto, per noi importante, è possibile passare oltre.

Da un punto di vista testuale, a prescindere da critiche ra-

(154) Vd. ora un sintetico ma completo quadro sullo stato della dottrina in A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati* cit., pp. 14-19.

(155) Vd. ad es. A. Pernice, *Parerga*, in ZSS.9 (1888) R.A., pp. 248 sgg.

(156) Vd. ora R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., pp. 71-154; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati* cit., pp. 19-23; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., pp. 83-100 e p. 105; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 188 sgg..

(157) A riguardo le posizioni non sono concordi; cfr. ad es. R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., pp. 71 sgg.; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati* cit., pp. 22-23; J. Kranjc, *Die actio praescriptis verbis* cit., pp. 450-451; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 208 e pp. 223 sgg.

(158) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, pp. 582-583 ed ora con posizioni diverse R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., pp. 75-94; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati* cit., pp. 18-19; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 223 sgg.

dicali (159), la dottrina ha incontrato particolari problemi sia con l'ipotesi in cui vi sarebbe stato solo il consenso, ma non una proposta di uno dei due « contraenti » (160), sia con la menzione di un'*actio praescriptis verbis* (161). In realtà, però, come i più recenti contributi hanno riconosciuto, gli argomenti addotti dalla critica non sembrano ostacoli insuperabili per una lettura conservativa del fr. (162).

Per quanto riguarda, in particolare, il contenuto del parere labeoniano, il primo criterio di distribuzione del *periculum* esprime una soluzione estranea alla logica del *dominium*. La soluzione non fa nemmeno leva, come si è notato, direttamente sull'*utilitas*, ma sull'impulso propositivo della dazione delle perle con l'impegno di restituirle o corrisponderne il valore già stimato, che dell'*utilitas* è comunque espressione indiretta (163). Per Labeone se è *Ego* a proporre a *Tu* di prendere le perle (sia che ciò

(159) E. Huschke, *Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien IV. Venditum rogare (L.17,1 D.de praescr.verb 19,5)*, in *Z. Civilr. und Proz.* 4 (1847), pp. 282 sgg.; Haymann espunge l'intero responso labeoniano; *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 178 n. 1.

(160) Ritengono il passo itp. dal « *si neuter* » G. Segrè, *Sull'età dei giudizi di buona fede* cit., in *St. Fadda* VI, p. 360 n. 3; P. de Francisci, *Synallagma* cit., I, pp. 110 sg.; Ph. Meylan, *Origine* cit., p. 151. Il Wieacker ipotizza un collegamento del « *dumtaxat consensimus* » alla « Willenstheorie » dello scoliaste basilico Stefano; *Societas. Hausgemeinschaft* cit., p. 330.

(161) O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin (1887), p. 135; A. Audibert, *Sur les différentes noms de l'action praescriptis verbis*, in *Mel. Gérardin* (1908), p. 34 n. 2; E. Betti, *Sul valore dogmatico* cit., in BIDR.28 (1915), p. 32.

(162) Vd. D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., p. 89; P. de la Rosa Díaz, *Contribución a la interpretación de D.19,3,1,1 en relación con D.19,5,17,1*, in *Estudios Suárez* (1978), pp. 405 sgg.; G. MacCormack, *Periculum* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., pp. 163-164; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., pp. 119-123; A. Burdese, *Sul riconoscimento* cit., in *Iura* 36 (1985), p. 23; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., p. 91; S. Angerer, *Die Gefahrtragung* cit., pp. 14-15; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 198 sgg.

(163) Vd. D. Nörr, *Die Entwicklung des Utiltätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956), p. 89; la Angerer ritiene che l'« iniziativa » (« Anregung ») individuerebbe indirettamente chi ha alla conclusione del contratto « ein Interesse » e « einen Nutzen »; *Die Gefahrtragung* cit., p. 14; di « sollecitazione » contrattuale parla A. Burdese, *Sul riconoscimento* cit., p. 57; il Gallo ne accentua il ruolo di « indice dell'interesse sottostante »; *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 199.

dovesse implicare di rivenderle a terzi al valore stimato o ad un prezzo superiore, sia che ciò significasse di tenerle per sè e pagarne il valore stimato), è a suo carico il loro perimento. Al contrario se è *Tu* a fare questa proposta ad *Ego*, in quanto pensa di acquistare le perle per sè, o perché pensa di aver trovato un possibile acquirente con cui fare l'affare, allora il proprietario può agire contro il richiedente al fine di condannarlo al valore stimato. È significativo che anche in questo caso, così come si è visto in D.19,1,54 pr. e in D.19,2,62, il giurista usi la costruzione *periculum (meum, tuum..) esse* e non *periculum praestare*, confermando quell'impressione, sopra avuta, che la diversa logica sottintesa a queste soluzioni sia resa esplicita dal giurista attraverso formulazioni linguistiche diverse, che accentuino appunto la distanza dalla logica del riconoscimento del *praestare*.

Quando, infatti, a fronte del reciproco interesse alla consegna, nessuno dei due propone all'altro il meccanismo testimoniato, non mettendo in moto quell'assunzione implicita del « pericolo » del perimento della cosa a prescindere dal criterio del *dominium* espressa nella prima parte del responso, ma la detenzione della *res* da parte dell'*accipiens* sia semplicemente frutto del loro comune accordo (164), allora si applica la regola e si riconosce lo *stare praes* dell'*accipiens* solo per dolo e colpa. Il parere è chiaro nel separare le due ipotesi (*periculum esse*; *dolum et culpam praestare*), aprendo all'indagine sul comportamento di *Tu* solo quando sia assente una *rogatio* di parte (165). In questo secondo caso il *praestare* dell'*accipiens* trova un limite nel perimento inimputabile ad una sua colpa o dolo, venendo allora in gioco di nuovo il *dominium*, in base al quale sarà il *dans* a sopportare il danno.

B. *Il perimento dell'argenteria fornita per un* triclinium *(D.13,6,5,14)*.

Ulp. l.28 *ad ed.* (D.13,6,5,14)

Si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem et argentum ad ministerium praeberem, et fecero, deinde petisses, ut idem sequenti die facerem et cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero et perierit: qua actione agi possit et cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit multum interesse, custodem posui an non: si posui, ad me periculum spectare, si minus, ad eum penes quem relictum est. ego puto commodati quidem agendum, verum custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt, nisi aliud nominatim convenit.

(164) Per un'ipotesi pratica vd. R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., p. 121.

(165) A riguardo quindi è inutile cercare di capire se anche in caso di *rogatio dantis* l'eventuale *culpa accipientis* modificasse la spettanza del *periculum*; invece G. MacCormack, *Periculum* cit., p. 164.

Il passo, tratto dal ventottesimo libro del commento *ad edictum* di Ulpiano, presenta una certa complessità: *Tu* chiede ad *Ego* di fornire tutto l'occorrente per apparecchiare un *triclinium*, tra cui in particolare la fornitura dell'argenteria. Al fornitore, una volta adempiuto il primo giorno, viene proposto di fornire anche per il successivo lo stesso servizio. *Ego*, non potendo comodamente riportare a casa l'*argentum* per poi riportarlo il giorno dopo, decide di lasciarlo da *Tu*. Nella notte l'argenteria perisce.

La *quaestio iuris* verte su due punti concatenati: quale azione può essere esercitata dal fornitore dell'argenteria contro *Tu* e a chi spetta il pericolo del suo perimento.

Il parere di Labeone ritiene di distribuire il *periculum* a seconda che il fornitore abbia o meno posto un custode a sorveglianza dell'argenteria: se si, non potrà agire contro *Tu*, in caso contrario il pericolo sarà di quest'ultimo.

Ulpiano, invece, ritiene che il fornitore debba agire con l'azione di comodato, e quindi *Tu* sia obbligato al *custodiam praestare* rispetto alle cose lasciate da *Ego*, salvo che non si sia diversamente convenuto.

Le più recenti letture del fr., superando spiegazioni critiche della diversa soluzione sostanziale (166), hanno approfondito la presunta differente qualifica negoziale della fattispecie tra i due

(166) Le incongruenze sostanziali tra prima e seconda parte del frammento sono spiegabili attraverso la nuova interpretazione di Ulpiano che considera la fattispecie come un comodato, senza dover ipotizzare itp.; *contra* E. Seckel, *Heumanns Handlexikon* cit., s.v.*penes*.

giuristi (167). Si è detto che, in realtà, anche Labeone, come esplicitamente Ulpiano, avrebbe considerato la *relictio argenti* un comodato, continuazione, in base alla nuova richiesta di *Tu*, di quello già esistente (168). Altri autori, invece, hanno individuato nell'impiego del custode l'estinzione del primo comodato, sforzandosi allora di capire come il giurista augusteo qualificasse il particolare rapporto (169).

A riguardo ritengo si debba tener conto che Ulpiano, quando afferma doversi agire con l'azione di comodato, lo fa inserendo nella sua opinione un *quidem*, come se il giurista severiano avesse di fronte una diversa soluzione del giurista citato (170).

Ma se questa illazione è giusta, perché Labeone avrebbe escluso l'esperibilità dell'azione tipica di comodato? Come ho già detto le interpretazioni anche più recenti si concentrano sulla *relictio argenti* successiva al primo giorno, dando, però, spesso per scontato che l'adempimento della fornitura rientrasse in un'ipotesi di comodato. In realtà, ritengo ci siano argomenti che potrebbero portare ad escludere che Labeone considerasse l'allestimento del *triclinium* e la fornitura dell'argenteria necessaria come un prestito d'uso. *Ego*, infatti, accetta non tanto di consegnare a *Tu* il materiale necessario al pranzo, quanto di fornirgli un vero e proprio servizio (*ministerium*) che si risolve in un 'fare' (*et fecero*).

D'altronde, si potrebbe obiettare che il problema affrontato da Labeone fosse di per sè estraneo a questo primo rapporto, poiché il perimento dell'argenteria è avvenuto durante la notte. Ciò che in sostanza importerebbe capire è come il giurista qualificasse l'*argentum relinquere*, per sapere se il perimento dell'argenteria possa venire imputato a *Tu*.

(167) Vd. F. PASTORI, *Il commodato in diritto romano* cit.; p. 262 n. 5; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 64 n. 342; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 465; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 390; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 85.

(168) C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 64 n. 342; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit. I, p. 465; L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato* cit., in *Est. Iglesias* I, pp. 473-474.

(169) R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 390; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 85 n. 196.

(170) Vd. in questo senso M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 86 n. 196.

Dato che nell'ipotesi in cui il fornitore abbia posto un custode, Labeone esclude una qualsiasi tutela del *dans* (*Ego*) rispetto al perimento dell'*argentum*, è difficile spiegare questa soluzione argomentando dalla impossibilità o meno di attrarre la fattispecie in un negozio tipico (171). Più convincente è semmai parlare di mancato riconoscimento di un qualsiasi interesse di *Ego* giuridicamente rilevante, in quanto egli continuerebbe a possedere l'*argentum* attraverso il custode (cfr. il *custodiam ponere* come *traditio* in Labeone in D.41,2,51).

Quando, invece, l'argenteria perisce una volta lasciata « nelle mani », « in potere » (*penes*) di *Tu*, si propone con più evidenza un problema di tutela dell'aspettativa di *Ego* alla restituzione, che assume giuridica rilevanza una volta sia stata tradita.

Il problema in questo caso si sposta sul tipo di azione con cui egli può convenire l'*accipiens* (*Tu*). Anche quest'ultima ipotesi soddisfa solo parzialmente i requisiti dei negozi tipici che più gli si avvicinano. La *relictio sine custode* viene effettuata non solo nell'interesse di *Tu*, che di per sè rende problematica un'attrazione della fattispecie nel deposito, ma altresì nell'interesse di *Ego*. Ciò forse avrebbe potuto modificare la normale configurazione del prestito d'uso ed in particolare dei presupposti del *praestare* del comodatario (172). A ben vedere, infatti, il fornitore, accettato di organizzare il *triclinium* anche per il giorno suc-

(171) D'altronde anche in questo caso il comodato, così come il deposito, doveva essere escluso per l'assenza di un qualsiasi potere di controllo sull'argento da parte di *Tu*; per KNÜTEL, nella presunzione di un comodato rispetto alla fornitura del primo giorno, Labeone avrebbe potuto anche pensare che il prestito d'uso si fosse automaticamente esteso anche al giorno successivo, e che l'imposizione di un custode avesse un'efficacia liberatoria della « Bewachungspflicht », *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 390; sul punto vd. altresì M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 85.

(172) Il *commodum* di *Ego* non avrebbe impedito un'interpretazione della *relictio sine custode* in termini di comodato, ma avrebbe certamente imposto di considerare in modo meno rigoroso il *praestare* del « comodatario »; D.13,6,5,10: « *Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit...* ».

cessivo, lascia l'argenteria non potendola « comodamente » (*commode*) riportare a casa per una sola notte. Forse proprio la concorrenza di un tale *commodum* di *Ego* con l'interesse evidente di *Tu*, insieme con l'assenza di un particolare uso notturno dell'argenteria da parte del ricevente, potrebbero aver condotto Labeone a preferire all'azione tipica di comodato (173), un'azione 'atipica' su questa modellata.

A favore di questa ipotesi, è il criterio che porta ad imputare il « pericolo » del perimento all'*accipiens*. Esso prescinde sia dall'approfondimento della causa del perimento, ed in particolare se si tratti di furto, ipotesi per cui lo stesso Labeone riconosce un'obbligazione di *custodiam praestare* (174), sia dall'indagine su una 'colpa' di *Tu*, a cui Labeone, come abbiamo visto, ricorre anche nel *iudicium commodati* (D.9,2,57 *supra*), applicando peraltro una regola maturata già con Q.Mucio (D.13,6,5,3).

Il parere labeoniano, invece, segue un ragionamento che ben si adatta alle ipotesi indicate nel responso sul perimento delle perle stimate, e quindi rispetto ad una fattispecie atipica. Infatti il giurista ritiene di distribuire il « pericolo » in base alle particolari modalità dell'iniziativa negoziale. In definitiva, pur avendo entrambe le parti interesse alla *relictio*, è *Tu* a proporre ad *Ego* l'allestimento del *triclinium* e la fornitura dell'*argentum*, proposta reiterata per il giorno successivo (*Si de me petisses... deinde petisses*). Per Labeone il fatto che sia l'*accipiens* a proporre il negozio, indica anche l'entità dei « pericoli » che a questo spettano implicitamente, quando il *dominus-dans* delle cose decida di soddisfare le sue esigenze. Quando, in questo caso, nello svolgi-

(173) Di Labeone abbiamo due testimonianze riguardanti le condizioni per il perfezionarsi del contratto di comodato, le quali, però, non si pongono in concreto questioni rilevanti rispetto ai problemi qui sollevati: D.13,6,1,1 « *inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli est* »; D.13,6,5,12: « *Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto [Ulp.] verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit* ».

(174) Il TALAMANCA ritiene che una tale ipotesi potrebbe spiegare il perché il giurista augusteo riconosca nei confronti del presunto comodatario una « responsabilità per qualsiasi *periculum*, e quindi più ampia che per *custodia* »; *La tipicità dei contratti* cit., p. 85 n. 196.

mento dell'assetto negoziale creatosi, le cose periscono durante la detenzione del non proprietario, è possibile considerarlo comunque tenuto per le conseguenze del perimento stesso.

La *petitio* dell'*accipiens* è l'indizio 'esterno' del suo interesse a concludere l'affare — il quale viene riconosciuto proprio attraverso elementi obiettivamente verificabili e non attraverso considerazioni astratte sul tipo negoziale utilizzato — e diviene anche il criterio d'individuazione del suo *actione teneri*. La peculiarità di questo nuovo modello di riconoscimento del *teneri* è, nel giurista augusteo, di nuovo percepibile, non parlandosi di *periculum praestare*, ma con un'espressione in parte più forte dell'*esse* utilizzato in D.19,1,54 pr., in D.19,2,62 e in D.19,5,17,1, di *periculum ad me spectare*. Ciò non toglie, in ogni caso, che la prospettiva sia sempre quella della soggezione all'azione dell'altra parte, o quella riflessa dalla legittimazione attiva all'azione come nel *quaesitum* della L.5,14 D.13,6 (*qua actione agi possit*?).

Per la *relictio sine custode*, però, a differenza della dazione dei *margarita aestimata*, non sappiamo se l'obbligo dell'*accipiens* si traducesse in un *oportere ex fide bona*, data l'azione che Labeone prende come modello per l'azione 'atipica', cioè quella di comodato, di cui non si sa con certezza se la *formula in ius concepta* fosse anche di buona fede (175).

Ulpiano segue, invece, un'altra strada. Egli, riconoscendo nel caso di specie la tutela con l'azione tipica di comodato, ritiene l'*accipiens* tenuto a *custodiam praestare*, criterio reinterpetato da questo giurista in termini di *diligentia in custodiendo* (176). In questa prospettiva l'impiego da parte di *Ego* di un custode rappresenta semplicemente un rafforzamento di questa prestazione di garanzia di *Tu* (177). Con ciò, però, si ridimensiona l'ampiezza del *teneri* dell'*accipiens*, che invece per Labeone andava ben oltre le sole ipotesi di furto.

(175) Vd. M. KASER, *Das römische Privatrecht* [2] cit., I, p. 537 e n. 10-11.

(176) Vd. sulla concezione ulpianea del *custodiam praestare* S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 211 sgg.; e *supra* II,4,D.c; III,2 e le conclusioni.

(177) Il KNÜTEL accentua che per Labeone l'impiego del *custos* avrebbe una « entlastende Wirkung », mentre per Ulpiano un effetto « unterstützende »; *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 391.

C. *Il perimento dei vasi d'argento ricevuti in prova: la* culpa servi *ed il* praestare *del* dominus.

Ulp. 1.32 *ad ed.*(D.19,5,20,2)
Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.

Di nuovo un passo tratto dal commento edittale di Ulpiano, dove si ricorda un parere di Labeone in relazione ad una fattispecie atipica. Si è visto in D.19,5,17,1 che il detentore non proprietario risponde in ogni caso del perimento della cosa quando abbia proposto al *dominus* un accordo che realizza un certo assetto d'interessi non soddisfacente una figura negoziale tipica. Nel caso però in cui una tale ipotesi non risulti accertata, allora si applica la regola del *dolum et culpam praestare*, venendosi a porre a carico del proprietario il perimento che non fosse, secondo questa regola, imputabile all'*accipiens*.

Nel passo qui ricordato, a *Tu*, che vuole acquistare un vaso d'argento, ne viene consegnato uno da un *vascularius*, per l'eventuale gradimento. Ma *Tu* non è soddisfatto, e lo dà ad un suo servo per restituirlo. Il vaso d'argento perisce senza dolo e colpa di *Tu*. Ulpiano ritiene che in questo caso il perimento sia un *detrimentum* dell'artigiano, giacché il vaso è stato inviato *eius quoque causa*, cioè anche a causa sua, anche nel suo interesse.

A questo punto si ricorda il parere labeoniano, secondo cui *Tu* è comunque obbligato a *stare praes* della *culpa* di coloro ai quali diede *custodiendum perferendumve*, cioè per custodire e riconsegnare la *res*. In questa ipotesi — riprende il discorso diretto di Ulpiano (*puto*) — spetta al *vascularius* un'azione *praescriptis verbis*.

La complessità storica della testimonianza, in cui si sovrappongono la visione del giurista severiano, il parere labeoniano e la conclusione nuovamente di Ulpiano, ha portato la critica in-

terpolazionistica ad espungere alcune parti del frammento (178). D'altronde lo stesso contenuto del *praestare* di *Tu* sembra aver creato problemi, portando qualcuno a sostituire *culpa* con *custodia* (179). Le letture più recenti, però, propendono a conservare le diverse prospettive approfondendone la paternità, vuoi labeoniana, vuoi ulpianea (180). Discussa è invece la possibilità di individuare una base sostanziale già nel giurista augusteo della prima soluzione (181). A riguardo la motivazione della spettanza del « detrimento » al vasario in termini di « *quia eius quoque causa sit missum* » proverebbe che entrambe le parti fossero interessate all'eventuale conclusione di una compravendita (182); conseguenza di ciò sarebbe, allora, l'applicazione della regola sul *praestare* di *Tu* per colpa e per dolo (183). Questa soluzione è perfettamen-

(178) Per l'interpolazione dell'intero passo P. DE FRANCISCI, *Synallagma* cit., I, pp. 293 sgg.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 178 n. 1; del solo « *detrimentum vascularii esse* » F. SCHULZ, *Die Haftung für Verschulden* cit., in *Grünh.Z.* 38 (1911), pp. 18 sgg.; W. KUNKEL, *Diligentia* cit., in ZSS.45 (1925) R.A., p. 312 n. 3.

(179) F. SCHULZ, *Die Haftung für Verschulden* cit., in *Grünh.Z.* 38 (1911), pp. 18 sg.

(180) F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in ZSS.54 (1934) R.A., p. 64; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., pp. 90-91; G. MACCORMACK, *Culpa in eligendo* cit., in RIDA.18 (1971), pp. 525 sgg.; P. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des röm. Kaufrechts* cit., p. 130; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., pp. 386 sg.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 89; P. VOCI, *Diligentia* cit., pp. 104-105; S. ANGERER, *Gefahrtragung* cit., pp. 10-11; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 202-203; 207-208.

(181) In senso affermativo R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 386; seguito da S. ANGERER, *Gefahrtragung* cit., p. 10; più prudenti A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati* cit., in *Iura* 36 (1985), p. 59; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti* cit., p. 89; la costruzione indiretta ha fatto pensare anche ad un giurista intermedio in quanto « chi richiede la colpa dallo schiavo non può richiedere anche, come decisiva, la colpa del padrone »; P. VOCI, *Diligentia* cit., pp. 104-105 e p. 105 n. 2. A questa affermazione, però, può obiettarsi che il *praestare* del *dominus* per le condotte dei sottoposti è affrontato in Labeone non semplicemente nella prospettiva della *culpa* dello schiavo in generale, ma in quella della *culpa* del servo che è stato « scelto » (D.19,2,60,7).

(182) *Contra* D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., p. 90 che nega che la motivazione rifletta una tale logica.

(183) Secondo il VOCI, il richiamo a *culpa* non può che consistere « nell'aver scelto male lo schiavo »; *Diligentia* cit., p. 105.

te coerente con la logica labeoniana incontrata nella L.17,1 (D.19,5). In dottrina si è dubitato che l'*eius* della motivazione sia da collegarsi al *vascularius* e che in realtà esso sarebbe relativo a *Tu* (184). A ben guardare, però, seguendo questa interpretazione, il significato del responso ne uscirebbe tradito, perché il giurista, seguendo tale lettura, avrebbe riconosciuto la spettanza del perimento al vasario in base al fatto che il vaso d'argento era stato mandato a causa di *Tu* (185).

Labeone, in realtà, coerente ad una valutazione degli indizi obiettivi propri dei preliminari della vendita, riconosce una concorrenza degli interessi delle parti alla sua futura conclusione (186), concorrenza che porta a risolvere il problema attraverso l'applicazione della regola, cioè il riconoscimento di un *praestare* dell'*accipiens* condizionato da un suo dolo o da una sua colpa.

Il parere del giurista augusteo, d'altronde, precisa questa soluzione riconoscendo contenute nel *culpam praestare* di *Tu* le eventuali condotte colpose poste in essere da chi abbia avuto da lui in consegna l'*argentum* per riconsegnarlo.

Non mi sembra, quindi, che le due soluzioni prendano in esame ipotesi parzialmente diverse, una, quella ulpianea, il perimento durante il viaggio del *servus* verso la bottega del *vascularius*, l'altra, quella labeoniana, anche quello avvenuto quando l'*argentum* si trovava in casa di *Tu* (187). Una tale interpretazione non ha fondamento nel passo, che parla anche per il parere di Labeone di *custodiendum perferundumve dare*, cioè dare per custodire e riconsegnare. La prima attività è collegata alla seconda senza che se ne possa dedurre una differente modalità d'esercizio di tempo e di luogo.

---

(184) D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., p. 90; scettico sulla possibilità di spiegare in modo esauriente la motivazione P. Voci, *Diligentia* cit., p. 105 n. 4.

(185) La stessa struttura sintattica favorisce l'opinione di coloro che considerano il *causa eius* pertinente all'orafo; vd. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 386; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., p. 89; S. Angerer, *Gefahrtragung* cit., p. 11.

(186) Rispetto alla vendita futura vd. F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 207.

(187) Di contrario avviso S. Angerer, *Die Gefahrtragung* cit., p. 11.

È possibile individuare, allora, anche in questo caso, una coerenza tra questa soluzione con quella che abbiamo visto applicare da Labeone stesso nella dazione delle perle stimate di D.19,5,17,1. Nell'ipotesi del perimento del vaso d'argento manca un particolare impulso propositivo (*rogatio*) da parte dell'artigiano o di *Tu*, indizio di un interesse preminente di una delle parti alla conclusione della futura vendita, ed al contrario si è di fronte ad una astratta disponibilità all'acquisto di un soggetto a cui si accompagna un comportamento concludente del *vascularius* diretto a sottoporre un oggetto della sua produzione alla valutazione di quello (188). In sostanza le parti hanno posto in essere, coerentemente ai loro rispettivi interessi, un assetto negoziale potenzialmente idoneo a concludere una [illegible], ma che di fatto non ha raggiunto questo scopo. In qu[illegible] allora, analogamente all'ipotesi del *dumtaxat consen*[illegible] D.19,5,17,1, Labeone, per il perimento delle *res* date, ap[illegible] il normale [illegible] *teneri*, escludendo un *praestare* del *non d*[illegible] non sia in dolo o in colpa.

La particolarità sta nel fatto che [illegible] precisazione rispetto alle conseguenze [illegible] soggetti scelti dall'*accipiens* per ricons[illegible] questa valutazione egli sembra prescin[illegible] denza servile tra *Tu* ed incaricato (189) [illegible] spetto autonomo della *datio* a terzi [illegible] che non interrompe il potere di contr[illegible] stesse. Quest'ultimo, decidendo di no[illegible] l'*argentum*, assume su di sè il 'pericolo' [illegible] terzo a cui ha affidato la cosa (190).

---

(188) Di contrario avviso S. Angerer, *Die* [illegible] tiene di poter dedurre da « *cum emen argent*[illegible] nung » proveniente da *Tu*. Nel senso qui proposto [illegible] *ventio nel contratto* cit., p. 207.

(189) A favore di questa ipotesi depone la [illegible] della *datio* (« *culpa eorum quibus...* »). Diversam[illegible] *ventio nel contratto* cit., p. 208.

(190) Il Sargenti accentua in questa prosp[illegible] lemento che determina la responsabilità *Proble*[illegible]

te coerente con la logica labeoniana incontrata nella L.17,1 (D.19,5). In dottrina si è dubitato che l'*eius* della motivazione sia da collegarsi al *vascularius* e che in realtà esso sarebbe relativo a *Tu* (184). A ben guardare, però, seguendo questa interpretazione, il significato del responso ne uscirebbe tradito, perché il giurista, seguendo tale lettura, avrebbe riconosciuto la spettanza del perimento al vasario in base al fatto che il vaso d'argento era stato mandato a causa di *Tu* (185).

Labeone, in realtà, coerente ad una valutazione degli indizi obiettivi propri dei preliminari della vendita, riconosce una concorrenza degli interessi delle parti alla sua futura conclusione (186), concorrenza che porta a risolvere il problema attraverso l'applicazione della regola, cioè il riconoscimento di un *praestare* dell'*accipiens* condizionato da un suo dolo o da una sua colpa.

Il parere del giurista augusteo, d'altronde, precisa questa soluzione riconoscendo contenute nel *culpam praestare* di *Tu* le eventuali condotte colpose poste in essere da chi abbia avuto da lui in consegna l'*argentum* per riconsegnarlo.

Non mi sembra, quindi, che le due soluzioni prendano in esame ipotesi parzialmente diverse, una, quella ulpianea, il perimento durante il viaggio del *servus* verso la bottega del *vascularius*, l'altra, quella labeoniana, anche quello avvenuto quando l'*argentum* si trovava in casa di *Tu* (187). Una tale interpretazione non ha fondamento nel passo, che parla anche per il parere di Labeone di *custodiendum perferundumve dare*, cioè dare per custodire e riconsegnare. La prima attività è collegata alla seconda senza che se ne possa dedurre una differente modalità d'esercizio di tempo e di luogo.

(184) D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., p. 90; scettico sulla possibilità di spiegare in modo esauriente la motivazione P. Voci, *Diligentia* cit., p. 105 n. 4.

(185) La stessa struttura sintattica favorisce l'opinione di coloro che considerano il *causa eius* pertinente all'orafo; vd. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 386; M. Talamanca, *La tipicità dei contratti* cit., p. 89; S. Angerer, *Gefahrtragung* cit., p. 11.

(186) Rispetto alla vendita futura vd. F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 207.

(187) Di contrario avviso S. Angerer, *Die Gefahrtragung* cit., p. 11.

È possibile individuare, allora, anche in questo caso, una coerenza tra questa soluzione con quella che abbiamo visto applicare da Labeone stesso nella dazione delle perle stimate di D.19,5,17,1. Nell'ipotesi del perimento del vaso d'argento manca un particolare impulso propositivo (*rogatio*) da parte dell'artigiano o di *Tu*, indizio di un interesse preminente di una delle parti alla conclusione della futura vendita, ed al contrario si è di fronte ad una astratta disponibilità all'acquisto di un soggetto a cui si accompagna un comportamento concludente del *vascularius* diretto a sottoporre un oggetto della sua produzione alla valutazione di quello (188). In sostanza le parti hanno posto in essere, coerentemente ai loro rispettivi interessi, un assetto negoziale potenzialmente idoneo a concludere una vendita, ma che di fatto non ha raggiunto questo scopo. In questo caso, allora, analogamente all'ipotesi del *dumtaxat consentire* di D.19,5,17,1, Labeone, per il perimento delle *res* date, applicherebbe il normale *teneri*, escludendo un *praestare* del *non dominus* che non sia in dolo o in colpa.

La particolarità sta nel fatto che qui il giurista aggiunge la precisazione rispetto alle conseguenze delle condotte colpose dei soggetti scelti dall'*accipiens* per riconsegnare il vaso d'argento. In questa valutazione egli sembra prescindere dal rapporto di dipendenza servile tra *Tu* ed incaricato (189), per accentuare di più l'aspetto autonomo della *datio* a terzi delle cose da riconsegnare, che non interrompe il potere di controllo dell'*accipiens* sulle *res* stesse. Quest'ultimo, decidendo di non riconsegnare di persona l'*argentum*, assume su di sè il 'pericolo' di un'eventuale *culpa* del terzo a cui ha affidato la cosa (190).

(188) Di contrario avviso S. Angerer, *Die Gefahrtragung* cit., p. 11 che ritiene di poter dedurre dal « *cum emere argentum velles* » una « Geschäftsanbahnung » proveniente da *Tu*. Nel senso qui proposto vd. F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 207.

(189) A favore di questa ipotesi depone la generica descrizione dei destinatari della *datio* (« *culpa eorum, quibus...* »). Diversamente F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., p. 208.

(190) Il Sargenti accentua in questa prospettiva « il valore obbiettivo dell'elemento che determina la responsabilità »; *Problemi della responsabilità contrattuale*

D. *Il criterio dell''iniziativa negoziale', il* periculum meum (tuum..) esse/ad me spectare *e la regola del* dolum et culpam praestare.

Rispetto a rapporti che non perfezionano alcuna delle fattispecie tipiche, Labeone viene a formulare una regola nuova, che si sovrappone al normale *praestare* del non *dominus* delimitato alla colpa e al dolo. Questo, infatti, potrà rispondere per il perimento della cosa non sua che detiene, proprio in base al criterio della iniziativa negoziale. Quando, cioè, o attraverso una proposta vera e propria (*rogatio; petitio*), o anche attraverso comportamenti concludenti, sia possibile riconoscere il suo preminente interesse, rispetto alla controparte, alla conclusione del contratto, allora è anche possibile imputargli il perimento comunque avvenuto della cosa. Solo se non emerge un suo preciso impulso propositivo, con chiarezza di intenti, alla conclusione dell'accordo sull'assetto di interessi nell'àmbito del quale si può verificare un « pericolo », allora si applica la regola del *praestare* del non *dominus* comunque delimitato ai comportamenti dolosi e colposi.

L'interpretazione delle modalità di conclusione dell'accordo producente l'assetto d'interessi, nell'àmbito del quale si verifica il perimento, permette di porre a carico del non proprietario questo « pericolo », come espressione di un *quid* che spetta a chi dia, nel proprio interesse, impulso unilateralmente ad un 'contatto' con un altro soggetto che, pur non perfezionando come tale alcun contratto tipico, ma coinvolgendo le *res* altrui, assume rilevanza giuridica. La particolarità del riconoscimento di un *actione teneri* diverso dalla regola del *dolum et culpam praestare* sembra, d'altronde, trovare espressione nelle formulazioni usate dal giurista augusteo, che non parlano di *periculum praestare* ma di *periculum meum (tuum...) esse,* o di *periculum ad me spectare*, accentuando più il profilo della 'appartenenza' e della 'spettanza' del pericolo che quello della garanzia.

Rispetto, poi, alle soluzioni viste, proprio l'atipicità dei rapporti per i quali emergono, permette di riconoscere a queste una

cit., p. 147; cfr. nel senso qui seguito R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen* cit., p. 388; vd. anche pp. 366 sgg.

maggiore 'originalità'. A differenza, infatti, dei pareri dati in materia di compravendita, locazione e comodato, dove il giurista incontra una precedente tradizione di responsi con la quale inevitabilmente si misura, qui Labeone si può muovere più liberamente, formulando una nuova regola, la quale, pur sovrapponendosi alla tradizionale, si dimostra particolarmente significativa rispetto al normale modo di riconoscere un *praestare* del debitore.

6. *La regola del* dolum et culpam praestare, *il* custodiam praestare, *il* periculum/o meum/o (tuum/o...) esse *e l'*actione teneri*: l'elaborazione di un 'modello' articolato dei presupposti dell'*actione teneri *contrattuale di cui il* praestare *fa parte pur non riuscendo ad esaurire i problemi a questo relativi.*

Il contributo personale di Labeone al problema qui esaminato si presenta, come si è visto nelle pagine che precedono, particolarmente significativo. Si è di fronte ad un quadro per certi versi antitetico a quello che invece il diritto classico ci offre, e che, con la mediazione giustinianea, è alla base della moderna dogmatica sull'inadempimento. Alla tripartizione *dolus, culpa (diligentia), casus* della *regula iuris* di D.50,17,23, che scolpisce un *praestare* limitato sempre e comunque al *casus*, si contrappone un sistema complesso e articolato, percorso da regole e criteri operanti in un modo per noi ancora ricostruibile e con una logica coerente ai diversi tipi contrattuali.

Gli strumenti negoziali diretti alla circolazione, all'uso e alla detenzione di *res* per i più svariati fini sono idonei ad esaudire le necessità di un'economia fortemente dinamica e multiforme. In questa prospettiva un *teneri* del debitore non *dominus* necessariamente delimitato, sebbene con Servio tale limite fosse la *vis*, poteva non rispondere più alle esigenze della vita economica. Si determina così un superamento del modello serviano, potendosi con Labeone imputare ad alcuni debitori-*non domini* una serie di « pericoli » che si considerano a loro carico attraverso l'interpretazione 'tipicizzata' dell'attività che si impegnano a svolgere con la conclusione del contratto, o delle modalità e degli interessi sottintesi alle operazioni economiche che vengono intraprese al fine

di concludere futuri contratti, e ciò indipendentemente dalla loro condotta e dal *dominium* della cosa perita. Questo nuovo modo di riconoscere un *actione teneri* si fa strada in modo articolato all'interno dei singoli tipi contrattuali, attraverso ragionamenti giuridici che talvolta ribaltano, se vogliamo, il normale rapporto tra *dominium* e *obligatio*. Questi ragionamenti utilizzano concetti come *dolus*, *culpa*, *neglegentia*, *causa*, *vis*, *casus*, *custodia*, *periculum*, e divengono spesso molto sottili, lasciando emergere la ricchezza di una logica giuridica, espressione di una formazione culturale molto vasta.

Il parziale superamento, che talvolta si verifica, della regola del *dolum et culpam praestare* avviene in base ad una particolare interpretazione della *fides bona*, per quei rapporti obbligatori nei quali l'attività da svolgere vèniva in modo più evidente a scardinare le vecchie logiche di conservazione dei beni, imponendo di trovare un punto di riferimento diverso che fondasse la soluzione, e forse anche una terminologia adatta ad esprimere i nuovi presupposti dell'*actione teneri* del debitore. A riguardo è significativo, da un lato, il ruolo che viene ad assumere proprio la *fides bona*, la quale in Labeone permette di imputare al non *dominus* i « pericoli » che si considerano impliciti nell'attività che ci si impegna a svolgere per contratto (così la frana nella costruzione del canale in D.19,2,62; la morte del servo nel trasporto marittimo in D.14,2,10 pr.; il furto delle vesti da lavare e tinteggiare in D.19,2,60,2, e quello delle merci depositate negli *horrea* in D.19,2,60,9), e nell'iniziativa che si prende al fine di concludere un futuro contratto, indice di un interesse che si vuole soddisfare, e che origina un assetto d'interessi considerato fonte atipica di obbligazione (così D.19,5,17,1; D.13,6,5,14; e *a contrario* D.19,5,20,2).

D'altro lato il costante richiamo al *praestare* rispetto a soluzioni fondate sul dolo, sulla colpa e sulla *custodia*, e la sempre maggior frequenza dell'uso dell'*actione teneri*, sembrano far divenire quest'ultimo il concetto idoneo a catalizzare, meglio del *praestare*, i profili legati all'inadempimento, una volta che ci si sganci da moduli linguistici acquisiti dalla tradizione e per i quali si percepisce l'inadeguatezza di una trattazione unitaria nella unilatera-

le prospettiva dello *stare praes* in relazione ai nuovi criteri d'imputazione. Di qui il ricorso ad espressioni del tipo *periculum alicuius esse* (D.19,1,54 pr.; D.19,2,62; D.19,5,17,1) e *periculum ad aliquem spectare* (D.13,6,5,14), che sembrano esprimere l'appartenenza del 'pericolo', la sua 'spettanza'. Di qui anche l'assenza di un *praestare* rispetto a soluzioni non fondate sulla *culpa* (D.14,2,10 pr.; D.19,2,13,7; D.19,2,57; D.19,2,11,4). La possibilità, infatti, di cogliere delle assonanze linguistiche potrebbe, al di là di coincidenze casuali — pur sempre possibili —, riflettere una distinzione concettuale proposta dal giurista sannita tra il problema del riconoscimento del *praestare*, sempre e comunque come problema di dolo, *culpa* e *custodia*, ed il problema della imputazione del « pericolo », entro l'ampia ma unitaria prospettiva dell'*actione teneri*. Come vedremo nei successivi capitoli, a questa tendenza se ne sovrapporrà un'altra, tesa a privilegiare l'approfondimento dei contenuti del *praestare* come esclusivo presupposto dell'*actione teneri* contrattuale.

Labeone, quindi, rappresenta un momento particolare e, come vedremo, isolato nella strada che intraprende, la quale, nella giurisprudenza subito a lui successiva, non trova applicazione se non forse, con una differenza di fondo, in Proculo. E ciò senza che ci si possa meravigliare, dato che un modello così complesso e articolato, potenzialmente aperto ad una infinita serie di nuove soluzioni, attraverso le quali si può riconoscere virtualmente anche un *teneri* illimitato del debitore in base ad una valutazione attenta delle ragioni dell'inadempimento e dell'attività che ci si impegna a svolgere per contratto o degli interessi sottintesi alla conclusione del contratto stesso, doveva trovare proprio nel suo artefice il punto di maggiore forza e di conseguenza, nel tempo, il suo punto debole. Con Labeone, l'*ars iuris* trova in assoluto uno dei suoi più grandi esponenti, sintesi di esperienze e culture, le quali vengono a fondersi nel suo modo di essere giurista, senza che, peraltro, la conoscenza delle *artes* ellenistiche lo porti a disconoscere la peculiarità della *peritia iuris*, ma, semmai, quest'ultima ne esce rafforzata, come espressione tipica e irripetibile della cultura romana (191).

(191) La « formazione » di questo giurista ha affascinato spesso la moderna storiografia; vd. ad es. A. PERNICE, *Labeo* cit. A, pp. 22-31; P. JÖRS, *M. Antistius*

Nell'età che va da Tiberio ad Adriano, come vedremo nei prossimi capitoli, il modello di Labeone viene fortemente ridimensionato, evidenziandosi mano a mano un processo di 'cristallizzazione' del problema, come un problema di riconoscimento del *praestare*, in base ai concetti di dolo, di colpa, nel senso di diligenza, imperizia e imprudenza, e di *custodia*, dai quali si esclude sempre e comunque il *casus*. Questo processo è già compiuto, come si vedrà, con Celso e Giuliano, ed è il modello dogmatico che, con alcune trasformazioni, sarà ripreso prima da Ulpiano nei suoi libri *ad Sabinum* e poi dai compilatori come *regula* principe del *Corpus Iuris Civilis*.

Labeo, in PWRE. I,2 (1894), col. 2555; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae* cit., II, pp. 13 sgg. e p. 23; A. Berger-J.W. Duff, *Antistius Labeo Marcus*, in *Oxford Class.Dict.* (1949), pp. 62-63; L. Caes, *Labeo (M.Antistius)*, in *Kath. Enz.* 16 (1953), p. 75; G. Grosso, *Divagazioni su Labeone*, in *Tradizione e misura umana del diritto* cit., pp. 45 sgg.; A. Guarino, *Labeone giurista meridionale*, in *Labeo* 1 (1955), pp. 49-53; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung* [2] cit., p. 114; M. Bretone, *Tecniche e ideologie* [2] cit., pp. 127 sgg.; Id., *Storia del diritto romano* [3] cit., pp. 164-165; 213-214; 256-257; 320-321; E. Seidl., *Labeos geistiges Profil*, in *St. Volterra*, I, pp. 63 sgg.; R.A. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München (1989), Beck, pp. 25 sgg.; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., pp. 72-82; 246-252.

CAPITOLO VI

IL TENTATIVO DI ELABORARE UN CONTENUTO DEL *PRAESTARE* VIRTUALMENTE ILLIMITATO: IL CONTRIBUTO DI PROCULO

1. *Il* praestare *del* negotiorum gestor*: dal* casus *alla* diligentia.

A. *Il* casum praestare *di Proc. [D.3,5,10 (11)].*

Il modello labeoniano viene, indubbiamente, ad allargare i presupposti del riconoscimento dell'*actione teneri* del debitore per il suo inadempimento, riconoscimento che, attraverso il *dolum et culpam et custodiam praestare* da un lato e il *periculum alicuius esse* dall'altro, potrà aversi da un minimo, il dolo, ad un massimo, il « pericolo ». Nell'individuazione della soluzione adatta, il giurista è guidato dalla *fides bona*, la quale impone di tener conto della funzione tipica, delle condizioni e delle modalità del vincolo che stringe le parti, in altre parole del contenuto dello specifico contratto o delle modalità del particolare accordo che, non soddisfacendo una figura negoziale tipica, coinvolge la *res* di una delle parti.

È necessario in questi ultimi capitoli cercare di capire perché questa via, presente nella giurisprudenza preclassica, viene abbandonata dai giuristi successivi, nei quali matura la regola del *casus a nullo praestantur* come unica alternativa al *dolum et culpam praestare*. Ritengo, infatti, che sia utile inserire i modelli, serviano prima e labeoniano poi, nella loro esatta dimensione storica e dogmatica; essi escono da una tale verifica 'ridimensionati', nella semplificazione dei presupposti dell'*actione teneri* nel *dolum et culpam praestare* che ci offre la codificazione giustinianea.

Prima di vedere, però, a quando e a chi possa farsi risalire la scelta, antagonista rispetto a Labeone, di riprendere il modello muciano per rifondarlo su basi nuove, ritengo di dover soffermare

la mia attenzione su alcuni pareri di Proculo, nei quali sembrerebbe cogliersi, seppure con delle differenze importanti, una linea di sviluppo del modello labeoniano.

In particolare val la pena riprendere un passo già visto:

Pomp.l.21 *ad Q.Mucium* [D.3,5,10 (11)]
Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coëmendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem...

Riconosciuta la paternità muciana del « *dolum et culpam praestare* » del gestore di affari altrui (1), si deve ora cercare di capire le ragioni che spingono Proculo a riconoscere, talvolta, addirittura un suo *stare praes* per il *casus* (2). In particolare, questa estensione si avrebbe rispetto alle conseguenze dannose subìte dal *dominus*, per la conclusione di un negozio « nuovo », che l'assente non era « solito » fare, come ad esempio l'acquisto di schiavi *novicii* (3). In sostanza ogni qualvolta fosse riconoscibile questa condizione, qualsiasi danno fosse derivato dall'affare, sarebbe stato posto a carico del gestore, mentre il lucro sarebbe comunque andato all'assente (4).

Le interpretazioni che dalla glossa in poi si sono date al parere di Proculo, sebbene con le dovute differenziazioni, risentono

(1) Vd. *supra* cap. III, 4, pp. 211 sgg.

(2) Per l'ARANGIO-RUIZ, l'imperfezione sintattica del parere di Proculo va eliminata con l'inserzione di un « *te* » tra *praestare* e *debere*; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 215. Può peraltro pensarsi pure alla caduta di un ⟨*ait*⟩.

(3) Il BETTI ipotizza un contagio da epidemia dovuto proprio agli schiavi appena arrivati; *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 215.

(4) La frase « *nam si quid damnum/ te sequetur* » è stata sospettata dal KÜBLER (*Die Haftung für Verschulden* cit., pp. 194-195) e dall'ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 216-217) in base ad una presunta contraddizione con il problema trattato nel passo; cfr. però la giusta critica di BETTI (*Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 215) che riconosce come tale inciso sia perfettamente coerente alla regola appena richiamata del « *gestor casum praestat* ».

del modello testimoniato nella *regula iuris* di D.50,17,23, cercando di spiegare il *casum praestare* qui ricordato come un'eccezione alla regola, dovuta alle più svariate ragioni (5), oppure, in realtà, una sua applicazione in termini di *culpa praecedens* (6).

Certamente, dato il parere muciano, la soluzione del giurista posteriore può considerarsi come un'eccezione alla regola. In questa prospettiva, però, si annida il rischio di non capire del tutto l'importanza di questo parere. Esso, infatti, trova la sua giustificazione proprio in quanto espressione di una concezione

(5) La glossa ricorda sei esempi di « *casum praestare* » del gestore di negozi altrui: « *...sex casus in quib(us) gestor negotio(rum) tenet(ur) d(e) casu. Pri(m)o si gessit negotia pupilli...; s(e)c(un)d(o) si accessit a(n)i(m)o depredandi, tertio si ad nova negotia...; quarto si casum in se sp(eci)aliter recepit...; quinto si culpa praecesserit casum...; sexto si fuit in mora...; et his omnibus casibus non sufficit utiliter e(ss)e coeptum...; quod si de insolito tenetur, ergo de solito non tenetur de casu* »; gl. *sit solitus*, L.*si negotia absentis*, ff.*de neg. gest.* Vd. ad es., a fronte di una sterminata bibliografia, BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem Commentaria* cit., in *Opera omnia*, I, f. 117, c. 4, Lex XII, § *si negotia*; ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in primam Dig.veteris partem*, ed. Venetiis (1585), f. 227, c. 1, Lex XII *si negotia*; CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v. 5 (1798), p. 360 e p. 365; A. PERNICE, *Labeo* cit. B, p. 374 n. 4; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in AUPA.12 (1929), pp. 431-432; B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden* cit., in ZSS.39 (1918) R.A., pp. 194-195; G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui*, Padova (1935[3]), Cedam, p. 536; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II. Römisches Privatrecht* cit., p. 193; E. SACHERS, *Die Haftung des auftraglosen Geschäftsführers*, in SDHI.4 (1938), pp. 343 sgg.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 214-216; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 56-57; ID., *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers* cit., in *Studien M. Kaser (65.G.)*, pp. 201 sgg.; O. ROBINSON, *Casus in the Digest*, in AJ. (1977), p. 340 e n. 36; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 488 e nn. 155 e 157; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 446-447.

(6) In questo senso ad es. Guill. PROUSTEAU, *Recitationes ad L.XXIII Contractus, Dig. De Regulis Juris*, in *Novus Thesaurus Jur. Civilis et Canonici* (G. MEERMANN), ed. Hagae-Comitum (1752), t. III, p. 541; R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae* cit., t. I, p. 170, il quale si richiama alla massima di D.50,17,36 (« *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* »), venendo però in questo modo ad estendere, inavvertitamente, ad ogni tipo di gestione non preventivamente autorizzata dal *dominus*, la « responsabilità del caso fortuito »; per il MAYER MALY, sulla soluzione avrebbe un'indiretta influenza il cd. *casus mixtus*; *Probleme der negotiorum gestio* cit., in ZSS.86 (1969) R.A., p. 429; il VAN DEN BERGH ritiene addirittura trattarsi di dolo; *Qui habet commoda ferre debet onera. Contributions à l'histoire d'une maxime juridique*, in *Flores legum*, *Scheltema* (1971), p. 25.

per la quale, anche senza alcun patto delle parti contraenti, il *praestare* del debitore *non dominus* può riconoscersi rispetto ad ipotesi di *casus* (7).

Veniamo alla *ratio* dell'estensione del *praestare* del *negotiorum gestor*: elemento essenziale, per Proculo, è che costui abbia deciso di gerire negozi « nuovi », cioè negozi che non rientrino nel « consueto » àmbito di affari dell'assente. Questo criterio è stato interpretato come il segno di una gestione che in realtà non sarebbe *utiliter coepta*, in quanto non collegata ad una gestione necessaria (*Notgeschäftsführung*) (8), e che comunque contrasterebbe, per la sua 'straordinarietà', con la effettiva o la presunta volontà dell'assente (9).

A mio avviso non è esatto parlare di mancanza di requisito dell'*utiliter coeptum*, perché i 'nuovi ed inconsueti negozi' possono ben innestarsi in una gestione iniziata utilmente. Non è allo stesso modo corretto far leva, per spiegare la *ratio* del parere di Proculo, sul contrasto con una 'presunta' volontà del *dominus*, proprio perché il criterio del « consueto » non assume come parametro la possibilità o meno che l'assente stesso avrebbe concluso un tale negozio, ma al contrario l'oggettivo àmbito di negoziazioni di questo. Che il gestore, quindi, concluda affari estranei alle 'consuetudini negoziali' dell'assente è il presupposto della modificazione della prospettiva da cui si guarda al suo *praestare*.

Non si è nel giusto, poi, quando si vuole collegare questa 'deviazione' operata dal gestore nel normale corso delle negozia-

(7) Giustamente il MAYER-MALY ritiene questa testimonianza un segno chiaro dell'estraneità alla giurisprudenza preclassica di una « stereotype Zuordnung von Haftungsmaßstäben an einzelne Aktionentatbestände »; *Probleme der negotiorum gestio* cit., p. 429.

(8) Cfr. in questo senso G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 536; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 215; il SEILER parla di « wirtschaftlich zweckmäßigen Geschäftsführung », contrapposta alla normale « Notgeschäftsführung »; *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 565-567; ID., *Zur Haftung* cit., p. 203.

(9) In questa interpretazione si fa evidente un'eco del § 678 BGB; vd. ad es. E. SACHERS, *Die Haftung des auftraglosen Geschäftsführers* cit., pp. 346-347; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 215; TH. MAYER-MALY, *Probleme der neg.gestio* cit., p. 430; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 447.

zioni dell'assente, o come espressione di un suo dolo o come espressione di una sua colpa (10). A mio avviso, sia che il gestore non fosse consapevole della estraneità del negozio gerito in nome dell'assente dal suo *solitus facere*, sia che non potesse in alcun modo saperlo pur agendo da uomo diligente, i danni, che da ciò siano derivati, sono posti da Proculo sempre e comunque a suo carico, il che appunto trova espressione nella forma *casum praestare* (11). Siamo di fronte ad un 'rispondere' assoluto del gestore, ad un suo *omnimodo teneri*, che il giurista riconosce in base ad una valutazione delle modalità concrete della gestione, e della funzione tipica dell'istituto della *negotiorum gestio*.

È chiaro, allora, che il fondamento di questa soluzione, espressione di una elasticità dei contenuti del *praestare* estranea spesso al nostro modo di risolvere i problemi collegati all'inadempimento, è oramai slegato da un qualsiasi punto di riferimento 'esterno' al rapporto obbligatorio, come invece per Servio era il *dominium* nella determinazione degli àmbiti del *praestare* del debitore-*dominus*, e trova la sua premessa essenziale in quella *fides bona* che fonda il rapporto obbligatorio, e che con Labeone abbiamo visto rappresentare l'unico criterio guida del giurista in questa indagine.

Rispetto alla terminologia labeoniana, peraltro, Proculo recupera un'unità linguistica che la distinzione *dolum et culpam praestare/ periculum meum (tuum...) esse* aveva interrotto, riportando il problema dell'*actione teneri* entro i binari esclusivi del riconoscimento del *praestare*. Con Proculo il *praestare* è il concetto unitario di riferimento, che fonda l'*actione teneri* anche rispetto ad inadempimenti dovuti al 'caso', cioè ad inadempimenti che per definizione non sono dovuti a dolo e a colpa.

B. *Il* bonam fidem praestare *del liberto-gestore che ha iniziato la gestione da schiavo [D.3,5,17 (18)]*.

A conferma di come, per Proculo, fosse proprio la *fides bona* a guidare il *iurisperitus* nel riconoscimento dei presupposti del

(10) Vd. autori cit. *supra* n. 6.

(11) Vd. giustamente F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 488.

praestare del debitore, si deve esaminare un altro passo, spesso non opportunamente valorizzato in relazione al problema dei contenuti del *praestare* del *negotiorum gestor*.

Paul. l.19 *ad ed.* [D.3,5,17 (18)]
Proculus et Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerĕre coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuĭt in peculio cuius retentione id servari potest. idem Neratius.

Paolo riporta il parere di Proculo, condiviso da Pegaso, in base al quale colui che, come schiavo (*in servitute*), abbia cominciato a gerire i negozi dell'assente e li abbia continuati a gerire divenuto libero (12), è obbligato a « *bonam fidem praestare* » (13). Cosa ciò volesse significare lo dice la frase successiva: il *praestare* del liberto-gestore, riconosciuto con l'azione *negotiorum gestorum*, contiene « *quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui semet ipso non exegerit* ». Su questo criterio dobbiamo soffermare la nostra attenzione: Proculo in sostanza dice che il gestore deve *praestare* al *dominus* ciò che quest'ultimo avrebbe potuto ottenere se qualsiasi altra persona (*alius*) avesse gerito i suoi negozi durante la sua assenza (14).

(12) In questo senso già la gl. « *gerere coepit* », L.*Proculus et Pegasus*, ff. *de neg. gest*.

(13) Per il PERNICE il « *bonam fidem praestare debere* » avrebbe non tanto il significato di obbligazione di buona fede, proprio dell'OPORTERE EX FIDE BONA dell'*intentio* dell'azione *negotiorum gestorum*, quanto quello di « eine sittliche Verpflichtung, die von der Rechtsfähigkeit unabhängig ist »; *Labeo* cit., A, p. 152; vd. anche H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in ZSS.11 (1890) R.A., p. 182. In realtà, però, nel passo non si dubita, nemmeno indirettamente, dell'azionabilità dell'obbligazione che lega l'*absens* con il liberto-gestore, ed anzi il ricorrere del *debere* e della *fides bona* da un lato, e dell'azione *negotiorum gestorum* dall'altro, non lascia àdito a dubbi che qui si tratti proprio di un *oportere*. Senza alcuna ragione giustificabile l'espunzione del BESELER del richiamo alla *fides bona*; *Miscellanea Graecoromana*, in *St. Bonfante* II, p. 79.

(14) Il BESELER coglie il significato del criterio espungendo l'*eius* ed inserendo ⟨*dominus*⟩ prima del *servare*; *Beiträge* cit. IV, p. 172.

Il responso accentua la necessità di equiparare la posizione del liberto-gestore, che ha iniziato la gestione da schiavo, con quella del gestore normale. Tale equiparazione è fatta non tanto in relazione alle conseguenze della *condemnatio*, giacché se così fosse stato non si capirebbe la fissazione di un limite del risarcimento al valore dei beni rimasti nel peculio, quanto rispetto alle premesse della condanna, cioè al comportamento che dal gestore, abbia questi iniziata la gestione da schiavo o meno, ci si deve aspettare secondo buona fede. In questo modo si spiegherebbe anche il *qui semet ipso non exegerit*, come espressione del giudizio negativo sul mancato adeguamento della condotta del liberto, dopo la manomissione, al modello del gestore normale (15).

La preoccupazione di riconoscere ugualmente un *oportere ex fide bona* del liberto, sebbene la gestione fosse stata iniziata quando era ancora uno schiavo, sottintende e va di pari passo con quella di equiparare, per quanto riguarda e i presupposti e le conseguenze, il suo *praestare* a quello di un normale gestore (16). Proprio la particolare natura di buona fede dell'obbligazione del gestore permette di riconoscere il liberto ugualmente vincolato, sebbene avesse cominciato la gestione *in servitute*, e obbligato a *stare praes* come chi, non schiavo, avesse gerito quegli stessi negozi (17). Nell'inciso finale, la limitazione delle conseguenze risarci-

(15) La proposta del SOLAZZI (in *Rend. Lomb.* 56 (1923), p. 147 n.; 57 (1924), p. 304), di sostituire *alius* con ⟨*procurator*⟩, allora, non può essere accettata, proprio perché verrebbe a falsare la peculiarità del modello scelto rispetto alla particolare ipotesi della gestione dei negozi altrui cominciata da un servo e continuata da questo dopo la sua liberazione.

(16) Cfr. a riguardo oltre al Pernice, già citato, W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge (1908), Univ.Press, p. 690; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon (1932), p. 210; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS.71 (1954) R.A., p. 178; E. VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in AHDE.38 (1968), p. 409; vd. sul passo, in relazione al diverso orientamento che sembrerebbe avere la scuola sabiniana, D. LIEBS, *Rechtsschulen* cit., p. 268; A. WACKE, *Tilgungsakte durch Insichgeschäfte*, in ZSS.103 (1986) R.A., pp. 233-234.

(17) E per questo motivo, come riconosce già la Glossa Accursiana, non vi è alcun contrasto con la L.16 dello stesso titolo, dove non si pone un problema di responsabilità del gestore liberto; gl.*Proculus*, L.*Proculus et Pegasus*, ff.*de neg.gest.* Per il PETERS (*Generelle und spezielle Aktionen*, in ZSS.32 (1911) R.A., pp. 260-272)

torie di questa equiparazione ai soli beni che si trovano eventualmente nel peculio, va letta proprio come una necessaria precisazione dell'entità della condanna dovuta al riconoscimento del *praestare*, precisazione dovuta alla particolare capacità patrimoniale del liberto e ~~di cui~~ la stessa *fides bona*, che anima l'obbligazione del gestore, impone di considerare.

Anche in questo caso è evidente un ricorso al concetto di 'buona fede' che non si limita a richiedere l'assenza di una mala fede del liberto nel proseguimento della gestione (18), quanto piuttosto viene a condizionare il suo *praestare*, in base alle particolarità del rapporto (19), al mancato adeguamento della sua gestione al modello comportamentale, e allo *stare praes* che ne consegue, dell'*alius gestor*.

Dal criterio proposto traspare la necessità di colpire il liberto che non adempia correttamente agli obblighi gestori, che aveva assunto come schiavo, una volta che sia divenuto libero, arrecando quindi danno all'assente. Di nuovo, come in D.3,5,10 (11), a fronte del QQ.DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA della formula dell'*actio negotiorum gestorum*, Proculo applica un concetto della *fides bona* che supera i limiti angusti del semplice profilo soggettivo del dolo per formulare invece un criterio, quello del « *tantum libertus praestare debet, quantum dominus, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset* », che rappresenta ai suoi occhi la migliore soluzione del caso sottopostogli. Sebbene, quindi, nel caso di specie la gestione dei negozi altrui non trovasse inizialmente rilevanza in termini di *oportere ex fide bona*, data la mancanza di *status libertatis* del *gestor*, la sua sopravvenuta messa in libertà permette di considerare il liberto obbligato con

proprio la « genericità » della gestione dei negozi altrui implicherebbe la necessità di dare rilevanza alle condotte omissive.

(18) E ciò contro quanto dice invece M. Näf-Hofmann, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht*, Winterthur (1962), Schellenberg, p. 17.

(19) Non c'è dubbio che qui non si vuole enunciare una regola applicabile sempre e comunque alla responsabilità del gestore (M. Jacota, *L'esclave créancier*, in *St.Grosso* II [1968], p. 23), proprio perché un tale irrigidimento è estraneo alla concezione di Proculo.

l'*actio negotiorum gestorum* a *stare praes* come un normale gestore, come se non avesse cominciato la gestione *in servitute*.

2. *Il* praestare *del venditore rispetto all'obbligazione accessoria, assunta con apposita* lex contractus, *di corrispondere al compratore la mercede che il colono gli paga per il godimento della cosa venduta (D.18,1,68 pr.).*

In un altro passo, tratto dalle *Epistulae* di Proculo, ricorre l'espressione « *bonam fidem praestare* », in un significato che, almeno a prima vista, sembrerebbe contraddire il ruolo centrale che abbiamo riconosciuto alla 'buona fede' in senso oggettivo nella determinazione del contenuto del *praestare* nei pareri di Proculo.

Proc. 1.6 *epist.* (D.18,1,68 pr.)
Si cum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpam.

Si è di fronte ad una compravendita nella quale il venditore, con una particolare *lex contractus*, si impegna a corrispondere al compratore la mercede che riceve, come locatore, dal conduttore della cosa venduta (20). Nel valutare le condizioni d'inadempimento di questa obbligazione accessoria, Proculo afferma che il venditore, nell'esigere la mercede dal conduttore, non deve solo *bonam fidem praestare*, ma altresì anche *diligentiam praestare*, il che significherebbe garantire non solo l'assenza di un proprio *dolus malus*, ma anche l'assenza di una propria colpa (vd. Celso in D.19,1,13,16) (21).

(20) Rispetto al rapporto con il pr. *emptio tollit locatum* vd. Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio* cit., pp. 56 sgg.; ed ora R. Verstegen *Qui fundum locavit, si vendat, curare debet*, in *Mel. Wubbe* (1993), p. 485 n. 17; pp. 489-491.

(21) Sul rapporto fra i due passi, vd. ora le considerazioni di C.A. Cannata, *Una casisitica della colpa contrattuale* cit., in SDHI.58 (1992), p. 419.

Di solito si ritiene la frase esplicativa, introdotta dall'*id est*, un'aggiunta all'originario tenore del fr. Tale aggiunta, si dice, sarebbe coerente con la funzione didattica che in età giustinianea anche i *Digesta*, come pure le *Institutiones* e il *Codex*, avevano; sì da richiedere qua e là delle note di chiarimento estranee all'originario tenore del passo (22). Non sembra, però, una tale spiegazione decisiva, in quanto la necessità di chiarire e di spiegare quanto si è appena affermato può ben risalire allo stesso Proculo, tanto più se si tiene conto del genere letterario nel quale il parere è espresso. E ciò sia si tratti di vere e poprie lettere di risposta a casi proposti al giurista, sia si tratti, come a qualcuno è sembrato, di « *Lehrepisteln* » (23), in quanto in entrambe le ipotesi ben si poteva sentire la necessità di un chiarimento, necessità tanto più urgente, quanto più sia problematica la possibilità di una ulteriore spiegazione del senso del parere, data la distanza del destinatario.

Non mancano peraltro ragioni sostanziali che, secondo alcuni autori, dimostrerebbero la natura non classica del richiamo alla colpa in termini di diligenza. In particolare, salvo qualche eccezione (24), l'estensione a quest'ultimo concetto viene considerata in contrasto con il § 1 dello stesso fr., il quale dimostrerebbe come Proculo originariamente avesse discusso solo del dolo (25).

(22) Così FR. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen*, in ZSS.7 (1886) R.A., p. 18 n. 1; ID., *Beiträge zur Erkentnis der Digesteninterpolationen*, in ZSS.11 (1890) R.A., p. 7.

(23) Mi riferisco alla tesi di C. KRAMPE, *Proculi epistulae* cit., pp. 15-16; 26-27; 60 e pp. 97-99. Ma vd. sul punto le riserve di A. GUARINO, Rc. in *Labeo* 17 (1971), pp. 246 sg.; TH. MAYER MALY, Rc. in *Iura* 21 (1970), pp. 298 sgg.; F. HORAK, Rc. in ZSS.90 (1973) R.A., pp. 403 sgg.

(24) Ritengono genuino il richiamo alla diligenza e alla colpa, seppure senza argomenti sufficienti a contrastare quelli della critica interpolazionistica; B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei Vertragshaftung* cit., in *Fest. Gierke* (1910), II, (estratto), p. 9 n. 1; W.W. BUCKLAND, *Culpa and bona fides in the actio ex empto*, in LQR.48 (1932), pp. 226 sgg.; P. KRÜCKMANN, *Custodia*, in ZSS.64 (1944) R.A., p. 13.

(25) F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 269-270. Sulla natura spuria della parte finale del pr. si era già schierato A. PERNICE, *Labeo* cit. D, p. 234 n. 5 e p. 235; vd. altresì E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon* cit., pp. 147-148.

Questa ipotesi muove, però, da un presupposto non provato, cioè da una presunta 'unità' tematica delle singole *epistulae* di Proculo. Al contrario, invece, si può riscontrare in esse « *keine einheitliche Falldarstellung* » (26), il che trova piena conferma proprio nel rapporto tra pr. e § 1 della L.68, in quanto in un caso si tratta di *lex contractus* che prevede una particolare obbligazione accessoria del venditore, nell'altro dell'assenza della clausola « *dolus malus a venditore aberit* ». La tematica di fondo rimane la stessa, ma le ipotesi discusse sono diverse, il che è ben spiegabile se si pensa che la pubblicazione delle *epistulae* deve essere stata preceduta quantomeno da un'opera di risistemazione per gruppi di problemi (27).

Per qualcuno, poi, la stessa contrapposizione tra *fides bona* e *diligentia* sarebbe dubbia e, quindi, potrebbe far pensare ad una modificazione anche della prima parte del passo, modificazione che avrebbe preceduto nel tempo quella introdotta con l'*id est* (28). In realtà, come ritengo di poter provare fra poco, la contrapposizione tra i due concetti non è incomprensibile, ed è dovuta proprio all'esigenza di superare un significato unilaterale che al primo di questi due si poteva dare, in termini esclusivi di buona fede in senso soggettivo. Sul punto torneremo fra poco.

Nemmeno può accettarsi l'ipotesi secondo cui per Proculo il venditore doveva rispondere di solo dolo, in quanto in base alla *lex contractus* egli agirebbe come un vero e proprio mandatario del compratore, e quindi il suo *praestare* sarebbe uguale a quello derivante da un mandato, cioè limitato solo al dolo (29). Se è vero, infatti, che i presupposti del *praestare* trovano la loro ragione sostanziale proprio nell'esistenza della particolare obbligazione accessoria, ciò non permette di considerare nel caso di specie il venditore come un mandatario, dato che l'impegno di esigere prima, e di corrispondere dopo, la mercede ricevuta, è probabil-

(26) Sono parole di C. KRAMPE, *Proculi epistulae* cit., p. 59.

(27) Su questo tipo di problemi vd. qualcosa in C. KRAMPE, *Proculi epistulae* cit., pp. 97 sgg.

(28) È questa l'ipotesi del KUNKEL, *Diligentia* cit., p. 293.

(29) H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 217.

mente la ragione essenziale della stessa conclusione della compravendita. Una tale obbligazione accessoria, a fronte di una *res* di cui si continuava a tollerare il godimento altrui, doveva essere stata, cioè, il presupposto della conclusione del contratto.

Allo stesso modo si rischia di non capire la differenza che intercorre tra il *bonam fidem praestare* della L.68 pr., e quello di D.3,5,17 (18), del *gestor*-liberto, quando si pensa che l'espressione usata da Proculo, nell'ipotesi della vendita, sarebbe un indizio dell'omogeneità di trattamento che questo giurista riconoscerebbe tra il venditore ed il gestore di negozi altrui, dato che il primo si comporterebbe in sostanza come un *gestor*. Salvo quanto già detto, rispetto all'ipotesi relativa ad una analogia con il mandato, si deve aggiungere che nel caso della L.68 pr. il *mercedem exigere* deriva direttamente dal consenso di entrambe le parti (30). Va poi notato che, come vedremo tra poco, tra i due *bonam fidem praestare* intercorre una differenza sostanziale, e quindi, pur riflettendo un'idea di fondo comune, essi sono espressione di due modi di intendere la buona fede che vanno tenuti distinti.

Un passo avanti nella comprensione del passo si è fatto, invece, quando ci si è allontanati da critiche formali o da spiegazioni non calate nel quadro delle soluzioni in materia date da Proculo, ponendocisi al contrario nella prospettiva del giurista, il quale, a fronte di un *iudicium bonae fidei*, sente l'esigenza di chiarire che parlare di *bonam fidem praestare* del venditore non è sufficiente, e che bisogna spingersi più in là, fino a imporre un *diligentiam praestare*. In sostanza, come è stato detto, Proculo avrebbe « trovato che l'espressione *bona fides* era essa stessa pericolosa, in quanto poteva condurre ad una interpretazione restrittiva » e per questo motivo avrebbe parlato di « atti-

(30) H. Coing, *Die cl. doli im klassischen Recht*, in *Festschr. Schulz* (1951), pp. 118-119 (vd. ora anche R. Verstegen, *Qui fundum locavit* cit., in *Mel. Wubbe* cit., p. 494); sull'ulteriore ipotesi del Coing che l'originario contesto del pr. della L.68 avrebbe trattato del problema del *dolus praesens* e del *dolus futurus* vd. le giuste osservazioni di C. Krampe, *Proculi epistulae* cit., p. 55 e pp. 58-59.

vità positiva (*diligentia*) » (31). Questa interpretazione va nella giusta direzione proprio quando cerca di cogliere il collegamento tra l'*oportere ex fide bona* della formula dell'azione e la contrapposizione tra *fides bona* e *diligentia* come oggetti del *praestare*. Solo da questo punto di vista, infatti, si possono capire le motivazioni sostanziali del parere di Proculo.

Ed in effetti, gli autori, che più di recente si sono soffermati sul fr., hanno rifiutato proposte critiche che non fossero fondate su una preventiva ricerca delle ragioni di fondo che traspaiono dalle parole del giurista, e dalla loro collocazione entro un quadro storico più articolato. Si sono così avute interpretazioni che riconoscono come sia il binomio buona fede/dolo, che quello diligenza/colpa, non siano come tali estranei al diritto classico (32). Si è affermato, poi, che in ogni caso, seppure si volesse ritenere genuino il solo *bonam fidem praestare*, si dovrebbe comunque riconoscere che il « dubbio, che si potesse *exigere* anche la *diligentia* » era stato in qualche modo posto (33). Ritengo, però, che si possa andare oltre, e che esista la possibilità di ricostruire la logica del giurista, senza che, dal richiamo alla diligenza, alla nota esplicativa introdotta dall'*id est*, debbano riconoscersi necessariamente deviazioni o sovrapposizioni nel suo ragionamento.

Si è visto infatti, dai precedenti capitoli: come la tendenza a riconoscere una rilevanza alla diligenza in un *iudicium empti*, rispetto all'obbligazione principale del venditore di *vacuam possessionem tradere*, fosse probabilmente presente già in Q.Mucio [vd. *supra* D.18,6,18 (17)]; come sia Servio che Labeone appli-

(31) V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*² cit., pp. 175 sgg.; le parole riportate sono da p. 178. Su questa linea, seppure ritenendo itp. i richiami alla diligenza e alla colpa, il Carcaterra coglie una concezione in base alla quale sarebbe chiaro che « non basta l'assenza di dolo per aversi buona fede »; *Intorno ai iudicia bonae fidei*, Napoli (1964), Jovene, p. 145 n. 91.

(32) C. Krampe, *Proculi epistulae* cit., pp. 55-56; S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., p. 302 e n. 210; G. MacCormack, *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, in SDHI.52 (1986), p. 268; I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., pp. 53 sgg.; R. Verstegen, *Qui fundum locavit* cit., pp. 491-495; C.A. Cannata, *Una casistica della colpa* cit., pp. 418-419.

(33) I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., p. 58.

cassero la regola del *culpam praestare* del venditore (D.18,6,12; D.19,1,13,22) e accordassero alla *fides bona* il significato di fondamento dell'obbligazione, insieme a quello 'soggettivo' di assenza di 'mala fede' del debitore; e come, infine, lo stesso Proculo, in tema di *negotiorum gestio*, accordasse alla *fides bona* tale significato, tanto da poter riconoscere un *praestare* del gestore rispetto ad ipotesi di caso fortuito.

In base a queste considerazioni, non soddisfa una valutazione del parere di D.18,1,68 pr. come espressione di una concezione giuridica nella quale non era ancora maturato un *culpam praestare* del venditore, ma soltanto si cominciava a richiedere talvolta, oltre alla buona fede come assenza di dolo, anche uno sforzo positivo, appunto un comportamento diligente (34).

A questa interpretazione sfugge, infatti, il fondamento stesso del *diligentiam praestare* del venditore, il quale, a sua volta, trova il suo presupposto nell'*oportere ex fide bona* della formula dell'azione.

Proculo esprime, in sostanza, la preoccupazione che, nel giudizio di compravendita in questione, la 'buona fede' venga interpretata esclusivamente in senso 'soggettivo', il che a suo modo di vedere avrebbe condotto ad una valutazione non corretta del *praestare* del venditore. Quest'ultimo, infatti, così come 'risponde' per l'inadempimento della sua obbligazione principale non solo per i suoi comportamenti dolosi, ma altresì per i suoi comportamenti colposi, allo stesso modo è obbligato ad attivarsi positivamente per adempiere all'obbligazione accessoria assunta con la *lex contractus*, e ciò seguendo il modello dell'uomo diligente (35).

Lo stesso genere letterario in cui il parere è contenuto po-

(34) Così da ultima I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., p. 56.

(35) Vd. ora esattamente C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa* cit., pp. 418-419. Secondo il VERSTEGEN, il criterio proposto da Proculo sarebbe « une variante de la custodia », e il fatto che l'obbligo del venditore sia descritto in termini di colpa, sarebbe condizionato dalla improprietà dell'uso del termine custodia nel caso di specie, dato che « le vendeur n'a pas la chosé vendue sous la main »; *Qui fundum locavit* cit., p. 493. Va detto, però, che la diligenza a cui si fa riferimento nel passo in esame non attiene a problemi di sorveglianza e custodia della cosa, ma al *pensiones exigere*.

trebbe aver condizionato la necessità di chiarire espressamente che l'*oportere ex fide bona* dell'azione non andava inteso in termini di pura assenza di mala fede, ma altresì come criterio normativo idoneo ad imporre l'obbligazione di *diligentiam praestare* anche per la prestazione accessoria di *pensionem exigere*. Si spiegherebbe, altresì, il perché il giurista, una volta contrapposti 'buona fede' e *diligentia*, ripeta la formulazione sotto il profilo per così dire negativo, cioè del dolo e della colpa. Tale rigore concettuale è coerente, difatti, con la stessa critica che Proculo muove a Nerva rispetto alla attrazione nel dolo della *culpa latior* (D.16,3,32), sì da non risultare in alcun modo estraneo al suo modo di intendere i due concetti (36).

3. *Alcune considerazioni d'insieme: il* praestare *come unico presupposto dell'*actione teneri *conseguente all'inadempimento.*

Con Proculo si è di fronte ad un modo di imputare le conseguenze dell'inadempimento in cui sono assenti criteri prefissati e inderogabili, e attraverso il quale è possibile, in base alle particolari modalità della nascita del vincolo obbligatorio e del suo adempimento, riconoscere un *praestare oportere* del debitore per ipotesi di inadempimento sia per dolo, sia per colpa, sia per caso fortuito. Proprio l'assenza di un limite, che si presuppone in ogni caso esistente a questo riconoscimento, evidenzia la distanza tra questa concezione e quella classica (e quindi, di conseguenza quella moderna). Oltre al *custodiam praestare*, vi è la possibilità di porre a carico del debitore tutta una serie di altri pericoli, compresi quelli esterni ed irresistibili, senza che a riguardo si debba indagare se egli sia stato o meno diligente.

Si è cioè di fronte ad una valutazione dei contenuti del *praestare* virtualmente illimitata, in cui lo *stare praes* debitorio ha alcuni presupposti-guida che possono essere applicati come regole (*culpam praestare* in D.3,5,17 [18]; D.18,1,68 pr.), ma che pos-

(36) Sul passo, con il richiamo della letteratura più recente, vd. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 210 sgg.; e *infra* IX.1.

sono essere altresì derogati in base alle particolarità delle ipotesi esaminate (*casum praestare* in D.3,5,10). Se da un lato, però, il modello proculiano si presenta come un modello diverso, in parte antagonista con quello di Ulp.D.50,17,23, d'altro lato esso costringe il giurista ad un notevole sforzo interpretativo, per ricercare e motivare la soluzione più adeguata al caso, dovendo egli, in questa ricerca, comporre un vero e proprio *puzzle* degli interessi mediati con il contratto, nel quale l'indagine sulla condotta debitoria non è che una eventuale via percorribile (sebbene la principale). In questa complessa attività interpretativa il *iurisprudens* trova nella *fides bona* il fondamento di tutto il suo ragionamento, concetto-guida che assume un ruolo determinante non solo rispetto ai profili comportamentali dell'inadempimento, ma altresì a quelli estranei a quest'ultimi.

Il tentativo, poi, di ricondurre nuovamente tutta la problematica dell'*actione teneri* per l'inadempimento alla questione dei contenuti del *praestare* viene probabilmente ad intaccare il modello labeoniano nella sua essenza, dove la possibilità di riconoscere un *teneri* del debitore anche per inadempimenti non dovuti a *culpa* trovava il suo presupposto dogmatico nell'irrigidimento stesso dei contenuti del *praestare* (solo dolo, colpa e *custodia*), in contrapposizione all'accollo del 'pericolo' (*periculum alicuius esse/ ad aliquem spectare*). Con Proculo, invece, il *praestare* torna ad essere, come per la *iurisprudentia* prelabeoniana, il presupposto esclusivo dell'*actione teneri* conseguente all'inadempimento, senza che ciò comporti una rinuncia dell'estensione dei modelli del giurista labeoniano, i quali vengono però forzati all'interno del contenuto del *praestare*.

È chiaro che proprio in questa strada intrapresa da Proculo risiede anche il punto debole della sua concezione, la quale rischia di perdere la ricchezza di una tradizione rispondente che aveva oramai fissato alcune regole sui contenuti del *praestare*, le quali potevano essere integrate con nuovi criteri di riconoscimento del *teneri* contrattuale, ma non completamente modificate. La resistenza nel tempo di un modello virtualmente non limitato del *praestare* doveva risultare ardua, venendosi mano a mano a preferire modelli costruiti intorno ai pochi concetti che la tradizione

aveva oramai fissato, i quali riuscissero a mantenere, attraverso la loro stessa 'elasticità' semantica (si pensi al *culpae adnumerare*), la dinamicità dei contenuti del *praestare*, permettendo nello stesso tempo l'applicazione con maggiore sicurezza di poche regole collegate ai singoli tipi contrattuali. Ed in effetti la giurisprudenza, da Sabino in poi, percorre una strada diversa da quella di Proculo, in base alla quale viene col tempo a costruirsi un sistema dei presupposti dell'*actione teneri* per l'inadempimento tutto centrato sul *dolum et culpam praestare*.

CAPITOLO VII

LA MATURAZIONE NEL DIRITTO CLASSICO DELLA REGOLA *CASUS A NULLO PRAESTANTUR*: LA CONCEZIONE SABINIANA ALLA BASE DELLA *REGULA IURIS* DI D.50,17,23

1. *La costruzione di una 'naturale' e 'necessaria' delimitazione del* praestare *in Sabino: le radici della* regula iuris antiqui *di Ulp.l.29 ad Sab. (D.50,17,23).*

Nella ricerca degli indizi del superamento e della critica alla concezione labeoniano-proculiana sembra riemergere, seppure in modo non sempre ricostruibile con sicurezza da un punto di vista storico, un filone interpretativo iniziato da Massurio Sabino, e maturato in pieno al tempo di Celso e Giuliano.

Quanto di *ius antiquum* ci sia nella *regula* di D.50,17,23, è domanda che ci si è posti di recente (1). L'esistenza di uno studio particolare sul problema facilita, indubbiamente, l'introduzione del discorso che mi accingo a fare.

Come si è giunti ad una limitazione del *praestare* ai casi fortuiti?

Una tale domanda si giustifica in base all'assenza di una tale limitazione, almeno nella sua assolutezza, nella giurisprudenza preclassica. Come abbiamo visto, infatti, sebbene in base a ragioni diverse, Q.Mucio parla di *omnem periculum praestare* (D.13,6,5,3), Servio di *vim praestare* (D.19,2,15,2), Labeone di *periculum alicuius esse/ ad aliquem spectare* (D.19,1,54 pr.; D.19,2,62; D.19,5,17,1) e Proculo di *casum praestare* (D.3,5,10).

Certamente la sistemazione dei contenuti del *praestare* intor-

(1) S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D.50,17,23* cit., sui motivi della ricerca vd. pp. 9 sgg. Per l'importanza del fr. nel sistema della compilazione giustinianea vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 35-61.

no ai concetti di *dolus*, *culpa* e *diligentia*, nella regola di D.50,17,23, viene a fornire una risposta esauriente al problema inadempimento per la maggior parte dei rapporti obbligatori da contratto e da quasi contratto. Che ciò sia il risultato di una 'storia' dogmatica che ha radici profonde già nella giurisprudenza preclassica e classica mi pare, date le pagine che precedono, indubitabile (2). In questa sede preme, però, cogliere se possibile le basi di essa, in rapporto all'enunciazione della necessaria delimitazione del *praestare* al *casus*.

Se, infatti, sia rispetto al dolo che alla colpa, nessun problema pone l'affermazione che « la regola doveva trovarsi scritta nell'opera del caposcuola Sabino » (3), proprio in relazione alla esclusione dal *praestare* di ogni *casus*, è necessario approfondire quanto una tale concezione possa aver trovato applicazione ai tempi del maestro sabiniano, dato che Proculo parla ancora di *casum praestare*. Da questo punto di vista la L.23 D.50,17, al di là delle espressioni e dei concetti che fa propri, non permette come tale di rispondere a questa domanda (4). Si devono allora cercare altrove gli eventuali indizi per una sostanziale derivazione di un tale limite da Sabino.

2. *Il* periculum locatoris *di Sabino come espressione del principio* casum sentit dominus *(D.19,2,59).*

Iav.l.5 *Lab.post.* (D.19,2,59)
Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

Flacco (locatore) ha concluso con Marcio (conduttore) una

(2) Cfr. a riguardo altresì le conclusioni di S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 307 sgg.; su cui P. ARINA, Rc. in *Labeo* 32 (1986), pp. 227-231; W. LITEWSKI, Rc., in ZSS. 105 (1988) R.A., pp. 865-878.

(3) S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., p. 309.

(4) Vd. a riguardo la giusta prudenza di R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova (1983), Cedam, pp. 125-126.

locatio domus faciendae. Costruita una parte dell'opera, l'edificio crolla a causa di un terremoto. Per Massurio Sabino il « pericolo » è del locatore quando il crollo della costruzione è dovuto ad una « forza naturale », come ad es. il terremoto.

Il passo, così come ci è stato tramandato, pone alcuni problemi: esso infatti, tratto dai *posteriores* labeoniani, non ricorda cosa sul punto dicesse Labeone stesso, ed in più presenta delle imperfezioni formali che provano con sicurezza un suo raccorciamento (5).

Per alcuni autori il richiamo a Labeone sarebbe stato soppresso perché contrastante con la soluzione preferita dai compilatori e risalente a Sabino (6); per altri, al contrario, la soppressione starebbe ad indicare che non vi fosse sul punto alcun contrasto tra i due giuristi (7).

(5) HAYMANN accentua le imprecisioni formali; *Textkritische Studien* cit., II *Periculum est emptoris* cit., in ZSS.41 (1920) R.A., pp. 159-160; ID., *Zum Klassizität des periculum emptoris* cit., in ZSS.48 (1928) R.A., p. 407 n. 1. L'ARANGIO-RUIZ fa perno invece sull'opera in cui è contenuto il parere di Sabino; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 190-191. Questo secondo argomento convince, data anche la eccezionalità, nella serie *Iavolenus* dei *posteriores*, di citazioni esclusivamente di giuristi postlabeoniani; cfr. D. MANTOVANI, *Sull'origine dei libri posteriores* cit., in *Labeo* 34 (1988), p. 274 n. 14 e p. 287. Per l'AMIRANTE il ricorrere nella descrizione della fattispecie della parola *opus* sarebbe un indizio della originaria esistenza del responso di Labeone; *Ricerche in tema di locazione* cit., in BIDR. 62 (1959), p. 79; vd. per la paternità labeoniana della parola *opus* in D.19,2,59 anche S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura* 30 (1979), p. 55 n. 56.

(6) Già il PERNICE deduceva dal contrasto con D.19,2,62 che la *ratio* del parere dato nella L.59 doveva essere postlabeoniana; *Labeo* cit., A, p. 71 e n. 15; SECKEL e LEVY accentuano a riguardo la « Gegenmeinung » tra sabiniani e labeoniani; *Die Gefahrtragung* cit., in ZSS.47 (1927) R.A., p. 224; vd. altresì V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 191; M. KASER, *Periculum locatoris* cit., in ZSS.74 (1957) R.A., p. 191; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit., in SDHI.34 (1962), pp. 215-216; ed ora W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., in *Festschr.Lange* (1992), p. 62; J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio: Der Bauvertrag* cit., in ZSS.109 (1992) R.A., pp. 517-518 e n. 69.

(7) L'assenza di un contrasto tra Labeone e Sabino sarebbe dovuta alla diversità tra le due fattispecie, e ciò sia perché nella L.59 il crollo sarebbe avvenuto dopo l'*adprobatio* della *pars operis* compiuta (così argomentando anche da Giav./Cass. D.19,2,37; FR. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung* cit., in *Beiträge* cit., I (1853), p. 378; vd. anche F.B.J. WUBBE, *Opus selon la définition de Labeon* cit., in T.50 [1982], p. 248), sia perché nel caso della *labes* si trattava di un *vitium operis* e non di una *vis*; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit.,

L'assenza, poi, del *verbum dicendi* fornirebbe l'indizio di un intervento anche sul responso di Sabino, intervento che sarebbe riflesso nel concetto di *vis naturalis* e nella ripetizione « *veluti terrae motu hoc acciderit* » (8).

A mio avviso è corretto cercare la ragione dell'assenza del parere di Labeone in una diversa presa di posizione sostanziale tra i due giuristi, in base proprio alla L.62 che, nell'ordine dato dai compilatori al titolo, è di poco successiva alla L.59.

Negare che i due passi attengano a problemi giuridici analoghi, vuoi perché in un caso si tratterebbe di cattiva costruzione, di *vitium operis*, mentre nell'altro di *periculum* della *vis maior*, vuoi perché a differenza del caso della *labes*, in quello del terremoto saremmo di fronte ad una *locatio operis* nella quale si addiveniva a singole *adprobationes* per le parti dell'opera già effettuata, significa smarrire la differenza profonda con cui i due giuristi affrontano il problema (9).

---

pp. 224-227; seguito dallo stesso WUBBE in uno scritto precedente a quello appena citato; *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *L'Homme dans son environment. Mensch und Umwelt* cit., (1980), pp. 139 sg.

(8) Per il LUZZATTO l'assenza di una simile espressione sarebbe confermata dal passo corrispondente dei Basilici (B.20,1,59) e soprattutto dallo sc. di Cirillo (Κυρίλλου a ἐὰν τὸ γινόμενον ἔργον; *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 199; seguono il Luzzatto senza ulteriori argomenti F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* cit., pp. 169-170; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità* cit., in SDHI.20 (1954), p. 132. In realtà, però, non mi sembra che l'assenza di un richiamo alla *physikḗ bía* nello sc. di Cirillo permetta di dedurre un intervento dei compilatori, e ciò data la tipica brevità dell'epitome di questo *antecessor* al Digesto (vd. ad es. *supra* il suo sc. a B.20,1,15,2 = D.19,2,15,2; cap. IV, 1.B n. 32), confermata rispetto al passo in esame dalla caduta dei nomi dei contraenti. Sulla natura del Commentario di Cirillo al Digesto vd. G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* alla sua ed. dei Basilici, vol. VI, pp. 56-59; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* cit., p. 687; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécesseurs*, Leiden (1970), Brill, p. 61; P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, in *Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner*, München (1978), Beck, II, p. 423 e n. 163.

(9) Il richiamare a riguardo *Iav.* D.19,2,37 non pregiudica la comprensione del parere di Sabino come dato in relazione ad un crollo precedente alla *adprobatio*, come in D.19,2,62, ma semmai dimostra che la regola sabiniana non si fosse ancora del tutto consolidata, sebbene essa avesse finito per svalutare il ruolo della *adprobatio* stessa, come approvazione del locatore ai fini della distribuzione del *periculum*, sostituendosi ad essa una valutazione 'presuntiva' di natura giudiziale (« *si tale opus*

Si è visto, infatti, nell'interpretazione di D.19,2,62, come il giurista augusteo riconoscesse nel crollo del *rivus* prima della *adprobatio* un « pericolo » tipico del conduttore, non tanto in base ad una considerazione della *labes* in termini di *vitium operis*, di *vitium soli* o di *vis maior*, quanto in base all'impegno nato dal contratto di costruire un canale, e che condiziona la scelta del giurista di rimanere nel caso di specie su un piano di 'causalità diretta', imputando il crollo come tale al conduttore senza approfondire le sue cause.

Si è poi visto come nella L.59 non si faccia menzione alcuna di una *adprobatio* della parte dell'opera compiuta, ed anzi, è proprio perché il collaudo non vi è stato, che sorge un problema di distribuzione delle conseguenze del crollo.

In realtà, quindi, tra Sabino e Labeone esiste una differenza, ed essa risiede proprio nella scelta, operata dal primo giurista, di fornire un criterio generale per una serie di cause del crollo. Per Sabino, in sostanza, comunque siano andate le cose, ogni qualvolta il crollo di una costruzione sia dovuto ad una *vis naturalis*, questo « pericolo » non potrà che essere del locatore.

È questa, a mio avviso, la profonda diversità di prospettiva tra i due giuristi: per Labeone non si tratta di fissare una regola generale, ma di vedere se, rispetto ad uno 'specifico' crollo, il conduttore debba o meno sopportarne le conseguenze, in base al 'tipo' di costruzione effettuata. Ciò che invece Sabino vuole accentuare è proprio l'impossibilità di porre a carico del conduttore quei crolli dovuti a « forze irresistibili », non provenienti dall'opera dell'uomo ma dalla 'natura', senza che in questa valutazione assuma importanza il 'tipo' di opera (canale, edificio) da compiere (10).

---

fuit ut probari deberet »). Da questo punto di vista il parere sulla *vis aliqua*, invece di ricorrere ad una regola rigida come quella di Sabino, rimette al *iudex* la valutazione se il crollo fosse avvenuto rispetto ad un *opus*, e probabilmente anche rispetto ad una *pars operis*, in astratto idonea a superare il collaudo. Su D.19,2,37 vd. ora S.D. MARTIN, *The Roman Jurists* cit., pp. 94-97; W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., p. 62; J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., pp. 515-517.

(10) Ed è esatto accentuare come la categoria della « forza naturale » sia perfettamente coerente con l'ipotesi esaminata, cioè il crollo dovuto ad un terremoto; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., p. 192; M. KASER; *Periculum locato-*

Si spiega, altresì, perché nell'inserimento del fr. sia caduto il parere labeoniano: la soluzione di Sabino viene a rappresentare quella che meglio esprime la concezione oramai acquisita al tempo della compilazione giustinianea, tutta centrata sull'imputazione per *culpa* e sulla regola « *casus a nullo praestantur* » (11).

Ma perché, subito dopo, nella L.62 i compilatori (12) avrebbero lasciato inalterato il responso di Labeone rispetto al caso della *labes*?

Ritengo che a questo proposito non bisogna dimenticare che il passo tratto dai *Pithana* è tramandato con la *notatio* di Paolo, la quale, criticando il parere del giurista augusteo, reinterpreta la *labes* o come *vitium soli* o come *vitium operis*, il che avrebbe soddisfatto la prospettiva giustinianea portata a considerare il *vitium operis*, essenzialmente come una *culpa conductoris*.

Cerchiamo ora di comprendere le ragioni del parere di Sabino: egli parla di « forza naturale »; questa espressione, se posta in rapporto con la *vis cui resisti non potest* di Servio, sembrerebbe delimitare le ipotesi attratte nel concetto di riferimento a quelle « forze » proprie del mondo della natura, scartando quindi tutte quelle che invece rientrano nel mondo degli uomini (13). Da

ris cit., p. 191; J. MIQUEL, *Periculum locatoris* cit., in ZSS.81 (1964) R.A., p. 185; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit., p. 214; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 284-285, n. 1306; ID. *Les Risques dans la locatio conductio* cit., in *Labeo* 12 (1966), p. 330 n. 64; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 229; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior* cit., in *Iura* 32 (1981), p. 87; ID. *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.II 14, p. 653; S.D. MARTIN, *The Roman Jurists* cit., p. 93; J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., p. 517 n. 66.

(11) Per un esempio analogo vd. D.23,3,80/ D.23,3,83; su cui D. MANTOVANI, *Sull'origine dei libri posteriores* cit., p. 286.

(12) Sui problemi relativi alle « masse » ed alla divisione del lavoro di questo titolo, in particolare in relazione ai *posteriores* ed al passo in esame che da questi è tratto vd. A.M. HONORÉ, *Labeo's Posteriores and the Digest Commission*, in *Daube Noster*, p. 171; D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano (1987), Giuffrè, pp. 117 sgg.; ID., *Sull'origine dei « libri posteriores »* cit., in *Labeo* 34 (1988), p. 274 n. 14; p. 287.

(13) Si può pensare oltre al terremoto, alla piena di un fiume (*vis fluminis*), alla forza del vento (*vis venti*) e alla forza di una tempesta (*vis tempestatis*). Il MASCHI considera l'aggettivazione di *natura* in questo passo coerente ai significati che la parola ha in altre fonti giuridiche, come « elemento della realtà o di normalità insito

questo punto di vista non si deve pensare ad una presa di posizione di Sabino fondata su particolari concezioni filosofiche, in particolare epicuree (14), quanto ad una opportuna delimitazione della categoria serviana delle « forze irresistibili » in relazione al problema specifico affrontato, cioè il crollo di un edificio.

Non ci resta che comprendere il fondamento di una tale soluzione: sappiamo con certezza che, per Sabino, il locatore di un *opus*, ed in particolare di un edificio, era considerato proprietario della costruzione fin dall'inizio dei lavori. Tale principio viene giustificato dal giurista in base alla provenienza dell'*area aedificandi* dal locatore stesso, la quale, sebbene non sarebbe il *corpus ipsum* da restituire alla fine del contratto, sarebbe comunque la sua *substantia* (D.18,1,20) (15).

La *ratio* del giurista è allora chiara: le conseguenze della « forza naturale » non possono che ricadere sul *dominus* della cosa perita, e nel caso di specie sul locatore (16).

in talune entità o situazioni di fatto, che viene però assunto dal diritto come base di disciplina e valutazione »; *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano (1937), Vita e Pensiero, p. 72 e n. 5; il MANTELLO ritiene si possa affermare che in Giavoleno « il richiamo al momento naturale » non presenti « mai venature etiche o moraleggianti »; *Beneficium servile - debitum naturale*, Milano (1979), Giuffrè, pp. 362-363 e p. 380.

(14) Una critica in chiave « naturalistica » alla spiegazione in termini « divini » delle « forze irresistibili » è testimoniata nella letteratura latina con il *de rerum natura* di Lucrezio Caro, nel quale, seguendo in questo l'insegnamento della Scuola Epicurea, si imputa all'*ignorantia causarum*, la superstizione che i fenomeni celesti siano di natura divina; vd. ad es. sul tuono VI,96-159; sul lampo VI,160-245; sul fulmine VI,246 sgg.; sul terremoto VI,535 sgg.. Cfr. sul punto P. GIUFFRIDA, *L'epicureismo nella letteratura latina del I sec. a.C.* II. *Lucrezio e Catullo*, Torino (1950), Gherani; P. BOYANCÉ, *Lucrezio e l'epicureismo*, trad. it. a cura di A. GRILLI, Brescia (1970), Paideia; e da ultimo J. SCHMIDT, *Lukrez, der Kepos und die Stoiker. Untersuchungen zur Schule Epicurs und zu den Quellen von 'de rerum natura'*, Frankfurt am Main (1990), Lang, pp. 155 sgg.

(15) Vd. ora S.D. MARTIN, *The Roman Jurists* cit., pp. 34-35; e pp. 143-144. Sul passo non si sofferma lo SCHERMAIER, sebbene in esso possa forse cogliersi una concezione della « materia per costruire » tratta dal fondo locato analoga alla *ousia* aristotelica; vd. *Materia* cit., 'indice' delle fonti.

(16) Si è ritenuto che Sabino accollasse al locatore il crollo dovuto ad una forza irresistibile della natura, in quanto l'edificio sarebbe ugualmente caduto anche se fosse stato lui stesso a costruirlo; CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* cit., v. 17 (1815), p. 439; così ora I. MOLNÁR, *Verantwortung und Ge-*

Cosa significa sul piano delle conseguenze patrimoniali che il locatore deve sopportare questo « pericolo »?

Per qualcuno il locatore sarebbe obbligato a pagare la somma corrispettiva della *pars operis* effettuata (17). Per altri invece il *periculum locatoris* sarebbe il sintomo della permanenza dell'obbligazione di pagare l'intera mercede pattuita (18). Forse, l'assenza di un qualsiasi riferimento all'entità della mercede (19) potrebbe stare ad indicare un certo spazio di manovra del giudice nello scegliere, per l'entità della condanna, tra le spese effettivamente sostenute dal conduttore per i materiali necessari, oltre a quelli provenienti dal fondo stesso, e per la forza lavoro, ed il corrispettivo pattuito, spazio coerente con la natura *bonae fidei* del *iudicium*.

3. *La concezione di Sabino come espressione di una regola applicabile al di là della singola fattispecie e del tipico rapporto obbligatorio (D.16,3,14,1).*

Un altro passo ci conferma come questa concezione di Sabino non fosse legata ad un singolo problema o ad un singolo contratto, ma al contrario fosse espressione di una 'regola' giuridica.

Gaius l.9 *ad ed.prov.* (D.16,3,14,1)
Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit si-

fahrtragung cit., p. 653. Tale spiegazione non fa però che inserire un termine medio nella *ratio* qui prospettata, e non cambia di fatto la sua sostanza; il perimento fortuito sarebbe stato in ogni caso a suo carico anche se l'edificio fosse stato da lui stesso costruito, in quanto *Flaccus* è il proprietario della cosa; cfr. già DONELLUS, *Commentaria iuris civilis*, XIII, cap. 9 in fin., in *Opera Omnia* III, p. 643; vd. più di recente V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* [2] cit., p. 190; J. MIQUEL, *Periculum locatoris* cit., p. 185.

(17) J.A.C. THOMAS, *Reflections on Building contracts* cit., in RIDA 18 (1971), p. 681; contro una simile soluzione vd. già FR. MOMMSEN, *Unmöglichkeit der Leistung* cit., p. 379; ed ora W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., p. 64.

(18) C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 284-285 n. 1306; possibilista W. ERNST, *Periculum conductoris* cit., p. 64.

(19) L'osservazione è già in HAYMANN, *Textkritische Studien* cit. II, in ZSS.41 (1920) R.A., p. 160.

ve cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Seguiamo il discorso gaiano: per Sabino e Cassio colui presso il quale una *res* venga depositata, o il suo erede (20), devono essere assolti quando la cosa, dopo la *litis contestatio*, ma prima della sentenza (21), sia perita per *sua natura*. Il parere è motivato facendo riferimento all'« equità », in base alla quale l'*interitus naturalis* deve essere posto a carico dell'attore, proprio perché la cosa sarebbe comunque perita, anche se gli fosse stata restituita prima della *litis contestatio*.

Lasciando per ora da parte l'ultima frase (*utique*-fine), su cui si concentrano di solito i maggiori dubbi della critica (22), il parere di Sabino pone una serie di problemi di natura sostanziale e di natura processuale.

Dal primo punto di vista, esso sarebbe in contraddizione con un altro passo, dei libri *ad Sabinum* di Pomponio (D.16,3,12,3), nel quale si estende anche al *iudicium depositi*, la regola elaborata per i giudizi di stretto diritto *ex stipulatu* e *ex testamento* relativi ad un *dari oportere*. In base ad essa, infatti, il depositario che, potendo restituire la cosa al tempo del *iudicium accipere*,

(20) Sui problemi relativi alla legittimazione passiva dell'erede nell'azione di deposito nella L.14,1 vd. ora le considerazioni di W. LITEWSKI, *Studien zur Verwahrung im römischen Recht*, Warsawa/Kraków (1978), p. 42.

(21) Il MELILLO nota come *res interciderit* sia « locuzione che indica l'estinzione sopravvenuta nell'intervallo tra due situazioni giuridiche... »; *Res abest, res intercidit*, in *St. Sanfilippo* 2 (1982), p. 410.

(22) Vd. ad es. A. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, ed. Lugduni (1658), p. 245; A. PERNICE, *Labeo* cit., D, p. 140 n. 1; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in ZSS.32 (1911) R.A., p. 81; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in ZSS.42 (1921) R.A., p. 310; E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e giudizi (Corso)*, Camerino (1918-1919), p. 23; B. BIONDI, Rc. a *Étude Girard*, in BIDR.29 (1916), p. 244; A.R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS.49 (1929) R.A., pp. 305-306; M. WLASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen*, Wien (1965), Böhlau, Hrsg. E. SCHÖNBAUER, pp. 70-71.

non abbia restituito, deve rispondere nei confronti dell'attore anche del perimento fortuito della cosa.

In realtà, però, come è stato notato, tra i due passi vi è una profonda differenza: mentre nella L.12,3 il depositario sarebbe in mora, nella L.14,1, no. In sostanza, in quest'ultima ipotesi non si tratterebbe di *perpetuatio obligationis*; il convenuto avrebbe cioè in buona fede resistito alla pretesa del deponente, convinto di avere delle ragioni che dovessero essere tutelate (23).

Ed in effetti questa spiegazione giustifica la differenza di regime tra le due ipotesi, e inserisce il parere di Sabino nel suo esatto contesto. Qui subentra, poi, il problema di natura processuale.

Che rapporto c'è tra il parere della L.14,1 e la massima sabiniana « *omnia iudicia absolutoria sunt* »?

Gai. IV,114 ricorda una controversia tra la scuola sabiniana e quella proculiana, rispetto alla efficacia liberatoria di un atto satisfattivo compiuto dal convenuto dopo la *litis contestatio*.

Se rispetto ai *iudicia bonae fidei* entrambe le scuole erano d'accordo nel riconoscere l'assoluzione del convenuto, in quelli di stretto diritto, mentre i proculiani ritenevano che il convenuto dovesse ugualmente subire la condanna, i sabiniani applicavano la regola « *omnia iudicia absolutoria sunt* » (24). Il parere dato

(23) Cfr. in questo senso S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., in AUPA. 29 (1964), pp. 236-238; e ciò contro il diverso parere di G. BESELER, *Romanistische Bausteine*, in *St. Albertoni* I (1935), pp. 429-430; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift Schulz* I (1951), p. 457; e in un primo tempo M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand*, München (1968 ²), Beck, p. 75 e p. 212. Nel senso del Riccobono M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* cit., p. 49-50 n. 99; ed ora anche M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in *De iustitia et iure. Festg. von Lübtow 80.G.* (1980), pp. 302-303 n. 60; ID., *Perpetuari obligationem* cit., in SDHI.46 (1980), pp. 145-146 n. 251. Per il LITEWSKI, nella L.12,3 il depositario non sarebbe in mora, e l'aggravamento della sua « responsabilità » rispetto alla L.14,1 sarebbe dovuto ad un particolare « dolo » del depositario; *Studien zur Verwahrung* cit., pp. 45 sg. A riguardo, però, valgono le parole stesse del passo: « *si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit* »; vd. altresì le osservazioni di M. KASER, *Grenzfragen* cit., p. 303 n. 60.

(24) Sul punto vd. D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht* cit., in ANRW.II 15, p. 270; G.I. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano (1981), Giuffrè, pp. 183 sgg. dove discussione della precedente letteratura.

in caso di *interitus naturalis* della cosa contesa in un rapporto di deposito, non sarebbe altro che l'estensione della regola sabiniana alla sopravvenuta impossibilità di adempiere. A conferma di ciò starebbe la *conceptio in ius* dell'azione di deposito in L.14,1 (25). A favore di questa ipotesi testimonierebbe, per alcuni, proprio l'accordo tra le due scuole in relazione alla applicazione della regola ai *iudicia bonae fidei* (26), e il richiamo all'*aequitas*, richiamo che non sarebbe giustificato nei confronti dell'*actio depositi in factum* (27).

Il tenore del passo, però, sembra convincere più del contrario, e cioè che il depositario, nel caso della L.14,1, sia stato convenuto con una azione di deposito *in factum concepta*. Proprio il fatto che, se si fosse trattato di un giudizio di buona fede, sarebbe stato normale assolvere il depositario non in mora per il perimento fortuito della cosa, toglie, infatti, a questo argomento qualsiasi forza persuasiva (28). Anche il richiamo esplicito all'*aequitas*, poi, più che contraddire, conferma che qui non si tratti di un'azione di deposito *in ius concepta*. Quando Sabino, come in D.16,3,11 (29), si trova a dare un parere rispetto ad un'azione di deposito *in ius*, il suo ragionamento fa leva esplicitamente sulla *fides bona*, che rappresenta il concetto che lo guida e dà fondamento al suo responso. Perciò, il richiamo all'*aequitas* nel passo in esame dimostra come la soluzione proposta non trovasse automaticamente una giustificazione nell'impianto interpretativo del giurista, tanto da dover ricorrere ad un criterio a questo

(25) Da questo punto di vista, si considera di solito l'*actio depositi* in L.12,3 un'azione *in factum*; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II (1901), pp. 1311-1312; M. WLASSAK, *Rechtshistorisches Abhandlungen* cit., p. 71; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora* cit., p. 237; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* cit., pp. 49-50 n. 99; si dimostra possibilista, cambiando una sua prima versione M. KASER, *Restituere* ² cit., p. 212.

(26) M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* cit., p. 49-50 n. 99.

(27) M. WLASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen* cit., p. 71 n. 97.

(28) Vd. esattamente M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation* cit., p. 302.

(29) Cfr. ora sul passo S. TAFARO, *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides'* cit., in *St. Biscardi* 6 (1987), pp. 315-316.

estraneo, che giustificasse la modificazione e la critica al *ius* altrimenti applicato (30).

Simile argomentazione utilizza anche Labeone, quando, nella formulazione della famosa *exceptio*, a fronte di un obbligo assoluto di restituzione imposto dall'editto *de receptis*, viene ad escludere il *teneri* del *nauta* per la *vis piratarum* ed il naufragio (D.4,9,3,1) (31).

Si spiega in questo modo perché non fosse così pacifico che il convenuto dovesse essere assolto: egli non è in mora, e non è convenuto con una azione di buona fede.

Ma perché Sabino e Cassio ritengono che l'*interitus naturalis* possa essere, per equità, posto a carico solo dell'attore?

La motivazione che viene data — perché la cosa sarebbe comunque perita anche se fosse stata restituita — è di solito ritenuta interpolata (vd. *supra* n. 22). Ma in realtà essa spiega bene il ragionamento che il giurista segue: la morte dell'animale o la morte del servo sono eventualità che, nella loro 'naturalità', l'attore avrebbe comunque sopportato, e che quindi non possono essere poste a carico del convenuto. Quest'ultima possibilità, infatti, sebbene sostenibile in base a valutazioni giuridico-formali, andava rifiutata perché 'iniqua'. Al contrario, proprio una valutazione più profonda del problema, attraverso la prospettiva dell'*aequitas*, conduce il giurista a ritenere che il perimento debba spettare in questi casi al 'normale e naturale' destinatario dei pericoli della cosa, cioè il proprietario (32).

Val la pena soffermarsi ancora su due momenti essenziali del ragionamento di Sabino: quelli della *natura* e dell'*aequitas*.

(30) Vd. M. Kaser, *Restituere* [2] cit., p. 74.

(31) Altri es. in D. Nörr, *Rechtskritik* cit., pp. 113-120.

(32) È chiaro in questo caso come l'*interitus naturalis* esprima un qualcosa di contrapposto all'opera o alla volontà dell'uomo; vd. C.A. Maschi, *La concezione naturalistica* cit., p. 41. Da questo punto di vista si capisce anche, come si sia giunti a considerare queste eventualità come *vis* e come *casus* in senso giuridico; cfr. D.13,6,18 pr.; D.50,17,23; D.13,6,5,4; vd. anche le osservazioni critiche dello Schulz (*Die Aktivlegitimation* cit., p. 81 n. 4) al Savigny (*System* cit., VI, pp. 175-176). Per la genuinità della frase *utique-* fine, in quanto perfettamente coerente con la logica del parere di Sabino, già W. Kunkel, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in ZSS.49 (1929) R.A., p. 185 n. 2; M. Kaser, *Restituere* [2] cit., p. 76 n. 2 e p. 212; Id., *Grenzfragen* cit., p. 302.

Ritengo, infatti, che la motivazione possa fornire un indizio molto significativo non solo della 'tecnica', ma anche dell''ideologia' sottesa al parere. Il giurista dell'età di Tiberio, infatti, recuperando il tradizionale filone muciano, si pone in una prospettiva nuova, la quale critica il modello labeoniano non semplicemente richiamandosi al passato, alla tradizione, ma giustificando la centralità del *dominium* rispetto all'imputazione dei perimenti non rientranti nel *dolum, culpam, custodiam praestare*, con un'interpretazione dell'*aequitas* che permette qui di superare il diritto normalmente applicato, non però attraverso una critica fondata su una determinata concezione 'morale' che troverebbe espressione nell'*aequitas* stessa (33), ma preferendo una soluzione che, attraverso l'*aequitas*, rifletterebbe un 'ordine naturale delle cose' (34). In sostanza, il far 'rispondere' il convenuto per il perimento della cosa dopo la *litis contestatio*, non sarebbe 'iniquo' in quanto moralmente ingiustificato, ma lo sarebbe perché non rispondente ad una logica che vede il proprietario come unico e possibile destinatario dell'*interitus naturalis*.

Da questo punto di vista bisogna fare una precisazione: fin da Catone, infatti, si è visto come fosse 'normale', e per certi versi 'naturale', ritenere il *dominus* il soggetto a cui spettassero i destini della cosa prestata ad uso o locata, fatta salva, invece, in materia di compravendita, l'operatività del *periculum emptoris*.

Questa concezione, presente in Q.Mucio, come spettanza al proprietario dei danni alla *res* non contenuti nel *dolum et culpam praestare*, viene messa in crisi parzialmente da Servio, e più pro-

(33) Sull'*aequitas* come categoria critica della scienza giuridica, soprattutto con significato etico-giuridico, vd. D. Nörr, *Rechtskritik* cit., pp. 34 sgg. e pp. 113 sgg.; sul punto vd. anche M. Bretone, *Storia del diritto romano* [3] cit., pp. 333 sgg.

(34) Il Waldstein opportunamente interpreta la *ratio* del parere in D.16,3,14,1, alla luce anche di altri pareri dove si richiama la *rerum natura* a fondamento della soluzione data: « Wenn man aber die Entscheidung zu den oben behandelten Fällen und zu zahlreichen anderen in Beziehung setzt, so zeigt sich auch hier, daß es nicht um einen abstrakten *aequitas*-Begriff geht, sondern darum, daß es als der natürlichen Ordnung entsprechend und insofern gerecht angesehen wird, daß auch die natürliche Untergang einer Sache zunächst den trifft, zu dessen Vermögen sie gehört, wenn nicht jemand anderer aus irgendeinem Grunde den Untergang zu vertreten hat »; *Entscheidungsgrundlagen* cit., in ANRW.II 15 (1976), p. 43.

fondamente da Labeone e Proculo. Il fatto che Sabino riprenda la strada lasciata da Q.Mucio non deve, però, far smarrire la profonda differenza esistente tra le due concezioni, e quindi il particolare contributo che il primo giurista dà al problema delle condizioni di riconoscimento del *praestare*.

Nella concezione tradizionale la spettanza al proprietario dell'evento non imputabile a *culpa* è un dato di fatto, un *quid* di 'naturale' *in re ipsa*. In quella di Sabino, invece, date le diverse strade intraprese da Servio, da Labeone e da Proculo, il fatto che il danno non dovuto a colpa e dolo spetti necessariamente al *dominus* non è più così normale e naturale. Di qui la necessità di motivare la soluzione, ricorrendo ad una nuova concezione del *ius* che porti ad una riconsiderazione fondamentale dell'intero edificio giuridico romano (cfr. Paul.l.14 *ad Sab.* D.1,1,11: « *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale* »). Il perimento della *res* oggetto di un rapporto contrattuale che non implichi un suo scambio definitivo (35), quando non sia imputabile all'opera o alla volontà dell'uomo, spetta necessariamente al *dominus*, non in quanto moralmente 'equo', ma in quanto coerente con un 'ordine naturale delle cose' che l'*aequitas* impone di sovraordinare.

In questa prospettiva si evidenzia un collegamento molto significativo tra il parere di D.16,3,14,1, quello di D.19,2,59 e la regola « *casus a nullo praestantur* » di D.50,17,23. Anche rispetto al crollo dell'edificio per una « forza naturale », è proprio questo 'ordine naturale delle cose' che costringerebbe a porre a carico del locatore-*dominus* l'accaduto, sebbene in questo caso non ci sia bisogno di richiamare l'« equità », dato il fondamento

(35) Per la vendita il pr. si può dire lo stesso, solo in relazione non al *dominus* ma all'*emptor*. A riguardo val la pena notare, di passaggio, come Sabino sembri applicare la regola del *periculum est emptoris* da un lato, e d'altro lato consideri contenuti nel *praestare* del venditore il dolo, la colpa e la custodia; forse è proprio sua la esplicitazione del criterio dell'*emptio perfecta*; vd. la catena di testi D.18,6,1 pr.-1: 4,1-2; 7 pr.; D.18,1,1,1; 8 pr. (Sab.?); su questi passi in relazione alla paternità sabiniana vd. R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis* cit., pp. 116 sgg.; pp. 224 sgg.; sulla questione vd. ora M. TALAMANCA, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), pp. 448 sgg. ed in relazione al rapporto tra *custodiam praestare* e *periculum emptoris* pp. 453 sgg.; 459 sg.

stesso del rapporto obbligatorio nato da una locazione: la *fides bona*.

4. *La* fides bona *e l'*aequitas *come momenti essenziali nella maturazione della regola* casus a nullo praestantur *nella interpretazione sabiniana*.

La ricerca degli indizi di una maturazione in seno alla scuola sabiniana della regola *casus a nullo praestantur* ci ha permesso di vedere in Sabino non solo il semplice continuatore della tradizione muciana, in contraddittorio con le vie proposte da Servio, da Labeone e da Proculo, ma altresì il suo rifondatore su basi che si lasciano comprendere in parte anche nelle loro trame sostanziali. È chiaro che ciò è solo un indizio, e la mia non è che una ipotesi, ma ritengo che, sebbene sul problema della 'ragione naturale' come momento decisivo della concezione sabiniana del *ius* vi sia ancora ampio dibattito (36), riguardo alle logiche che sembrano sottendere la *dissensio* tra Sabino e Proculo in materia di limiti del *praestare*, possa percepirsi una differenza di fondo.

(36) Si veda solo in via indicativa un primo riferimento nei lavori di F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., pp. 276 sgg.; D. NÖRR, *Rechtskritik* cit., pp. 98-102; ID., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?*, in BIDR.84 (1981), pp. 9 sgg.; F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo sec. d.C.: il senso del passato*, in ANRW.II 15 (1976), pp. 163-173; ID., *Giuristi adrianei* cit., pp. 54-71; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., in ANRW.II 15 cit., pp. 29 sgg.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR.80 (1977), pp. 294-298; G.G. ARCHI, *Lex e natura nelle istituzioni di Gaio*, in *Festschr. Flume 70.G.*, I (1978), pp. 3 sgg. [= in *Scritti* I, pp. 139 sgg.]; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli (1979), Jovene, pp. 28 sgg.; e pp. 101 sgg.; A. MANTELLO, *Beneficium servile* cit., pp. 359 sgg.; G.I. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani* cit., pp. 231 sgg.; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle novelle giustinianee*, Napoli (1984), Esi, pp. 189 sgg.; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in AUPA.38 (1985), in particolare pp. 28-100; O. BEHRENDS, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12 (1985), pp. 189 sgg.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*[3] cit., pp. 344-345; su Sabino pp. 258 sgg.; pp. 267 sgg.; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano (1993), Giuffrè, pp. 457-458; le numerose recensioni e discussioni che questi lavori hanno prodotto.

In Sabino la limitazione del *praestare* alla *vis* sembra ispirarsi alla *naturalis ratio* che vede nel *dominus rei* il normale 'destinatario' degli accadimenti fortuiti che colpiscono la cosa oggetto del contratto, e ciò, appunto, secondo un 'ordine naturale delle cose'.

La nostra, in sostanza, non è che una segnalazione che va ad arricchire il possibile numero di controversie tra le due scuole che, tra l'altro, rispetto al problema dei contenuti del *praestare*, è solo iniziale, dato che come si vedrà nei prossimi paragrafi, la via intrapresa da Sabino risulta essere oramai quella dominante e seguita anche dai proculiani già all'età di Celso figlio.

5. *La progressiva affermazione del modello sabiniano: un rinvio.*

Le fonti che in materia sembrano assumere un certo rilievo non sono molte, nè tanto meno permettono di seguire con un minimo di sicurezza le particolari prese di posizioni dei singoli giuristi successivi a Sabino, e precedenti a Celso figlio. Ciò non significa necessariamente che discussione non vi sia stata, ma soltanto che, per quanto noi ne sappiamo, essa da un certo momento in poi si è concentrata sul significato e il ruolo dei concetti assunti come oggetto del *praestare*, più che sulle tematiche di fondo riscontrate nel contrasto tra Labeone/Proculo e Sabino.

In questa prospettiva va letta la critica di Proculo all'equiparazione della *culpa latior* al dolo di Nerva (D.16,3,32), o la precisazione di Nerazio che « *custodia adversus vim parum proficit* » (D.19,1,31 pr.). In questo contesto potrebbe anche aver avuto una grande importanza l'opera di recupero del pensiero giuridico della tarda Repubblica e d'inizio Principato attraverso i commenti di Giavoleno a Cassio e a Plauzio, e la sua epitome ai *posteriores* labeoniani.

Rispetto al problema qui affrontato, però, assume grande importanza seguire, nelle sue tappe fondamentali, la fortuna del modello sabiniano nelle generazioni di giuristi successivi. A questo fine non c'è dubbio che Celso figlio è una sicura testimonianza di come già nella prima metà del II sec. d.C. il dissenso tra le

due scuole non esisteva più, e la naturale e necessaria delimitazione del *praestare* fosse acquisita anche per i giuristi della scuola proculiana (37).

(37) Per una analoga vicenda si veda in materia di 'responsabilità' del promittente, in caso di *poena compromissi* e *poena traiecticiae pecuniae*, la discussione tra la linea di Servio→Labeone→Proculo e la linea sabiniana (seguita anche da Celso); R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit., pp. 203 sgg.; riassunto pp. 257-259; d'accordo M. TALAMANCA, *Pena privata (dir.rom.)* cit., in ED.XXXII (1982), p. 722 e n. 83.

CAPITOLO VIII

CELSO FIGLIO, LA DELIMITAZIONE DEL *PRAESTARE* E LA RISISTEMAZIONE DEI SUOI CONTENUTI: *DOLUS, CULPA, DILIGENTIA* E *CUSTODIA*

1. *Il contributo di Celso alla storia dei concetti:* dolus, culpa latior, culpa-diligentia, culpa-imperitia, custodia.

A. *Considerazioni introduttive.*

Celso affronta più volte problemi relativi ai contenuti del *praestare*, e più in generale attinenti a profili della 'responsabilità', permettendo una ricostruzione abbastanza affidabile del suo pensiero in materia (1).

C'è da dire che il contributo di questo giurista non si limita a confermare quella linea interpretativa, iniziata con Sabino, che porta alla fissazione della regola « *casus a nullo praestantur* », testimoniando come la *dissensio* tra le due scuole fosse già sopita ai suoi tempi, ma dimostra altresì di muoversi su un piano di personale 'originalità'. Quest'ultima viene ad esprimersi in particolare in relazione ai concetti utilizzati dal giurista nel riconoscimento del *praestare*, ed in special modo, come vedremo, in relazione alla *culpa*.

Riguardo a questo profilo, fondamentali sono due testi, D.16,3,32 e D.19,2,9,5, sui quali, sebbene vi sia una immensa letteratura, val la pena tornare.

B. Dolus *e* culpa latior (*D.16,3,32 pr.*).

Cels. 1.11 *Dig.* (D.16,3,32 pr.)
Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum

---

(1) Vd. in tal senso P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'* cit., in AUPA.38 (1985), p. 152.

modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Proculo dissentiva dal *dictum* di Nerva, che la *culpa latior* fosse dolo. Per Celso, invece, il parere di Nerva sembra « verissimo ». La motivazione di questo consenso è molto importante, venendo a distinguere tra due modelli di diligenza: da un lato la diligenza richiesta dalla « natura degli uomini »; d'altro lato quella che applichiamo solitamente alle nostre cose. Celso, in sostanza, ritiene che anche se qualcuno non è diligente a quel « modo » che la « natura degli uomini » desidera, non è esente per ciò solo da frode quando non garantisca nel deposito una cura a « suo modo »: infatti non fa salva la *fides* chi garantisce una diligenza minore che per le proprie cose.

Su questo passo si è accumulata una letteratura talmente ampia dalla Glossa in poi, da rappresentare un'impresa impossibile il tentare di darne conto, anche sommariamente. Ciò che, però, si nota, scorrendo tutti questi autori, è che sull'interpretazione di esso si scorge, meglio che per altre testimonianze, il cammino compiuto dalla tradizione romanistica e i diversi punti di vista da cui si è guardato ai fr. del Digesto giustinianeo.

In questa prospettiva solo nell'ultimo secolo sembra essere emersa con più consapevolezza la problematica storica che il passo sottende (2).

D'altro canto la stessa differenza che può riscontrarsi tra le interpretazioni fino alla pandettistica e quelle della critica interpolazionistica (3), si può vedere tra quest'ultima e la fase postinterpolazionistica dei nostri studi (4).

---

(2) Sulle dispute di cui il passo è stato oggetto nel diritto comune vd. H.J. Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit* cit., pp. 49 sgg. Ancora la Pandettistica ne esamina i profili strettamente dogmatici, relativi al problema dell'equiparazione tra *culpa lata* e *dolus*; vd. ad es. J.Chr. Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts* cit., pp. 195 sgg.; Fr. Mommsen, *Die Lehre der mora* cit., III *Beiträge* cit., pp. 389-390.

(3) Cfr. per un primo riferimento l'enorme elenco dell'*Index Interpolationum*.

(4) È certo arbitrario pretendere di separare nettamente le due correnti metodologiche; val la pena comunque notare come il passo sia stato oggetto di una rinnovata discussione dopo il contributo di W. Selb, *Das Problem des relativen 'Dolus' in D.16,3,32*, in *Synt. Arangio-Ruiz* II (1964), pp. 1173-1180; vd. ad es. C. Krampe, *Proculi epistulae* cit., p. 56; F. Sitzia, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino* cit., in BIDR.74 (1971), pp. 191-198; C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 171 sgg.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* ² cit., I, p. 510; H. Hausmaninger, *Diligentiam quam in suis*, in *Festschr. Kaser 70.G.* (1976), pp. 265 sgg.; W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen* cit., in ANRW.II 15, p. 46; W. Litewski, *Depositary's Liability in Roman Law*, in AG.190.2 (1976), pp. 46-49; V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano* cit., pp. 172-175; Id., *Empiria e dogmi*, Torino (1989), Giappichelli, pp. 108-109; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 152 sgg.; S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 248-249; Id., *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e 'bona fides'* cit., in *St. Biscardi* 6 (1987), p. 315; P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'* cit., in AUPA.38 (1985), pp. 46-47 n. 92; p. 200-201 n. 397; R. Panero, *Deponere y reddere*, Barcelona (1989), PPU, pp. 101 sgg.; F. Mercogliano, *Diligentiam quam in suis* cit., in *Index* 19 (1991), pp. 384-387; P. Voci, *Diligentia* cit., in SDHI.56 (1990), pp. 53-54; H. Hausmaninger, *Celsus gegen Proculus*, in *Festschr. von Lübtow 90.G.* (1990), pp. 54-55; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. I § 3 e cap. III § 14.; non esamina il passo M. de Bernardi, *A proposito dellà pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides'* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* II, pp. 129 sgg. Della letteratura precedente val la pena menzionare alcuni contributi che, più di altri, forniscono utili spunti alla discussione: A. Pernice, *Labeo* cit., C, pp. 366 sgg.; D, p. 202; A. de Medio, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in BIDR.17 (1905), pp. 27 sgg.; G. Rotondi, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, ora in *Scritti* II (1922), pp. 102 sgg.; O. Lenel, *Culpa lata und culpa levis*, in ZSS.38 (1917) R.A., pp. 277 sgg.; B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip* cit., in *Festg.Gierke* (1910), (estratto), pp. 11 sgg.; Id., *Die Haftung für Verschulden* cit., in ZSS.39 (1918) R.A., pp. 178-179; W. Kunkel, *Diligentia*, in ZSS.45 (1925) R.A., pp. 297-298; pp. 313-314; p. 350; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* ² cit., pp. 259-261; H.H. Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., pp. 166-167; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 63-64; pp. 173-176; Id., *Istituzioni* cit., II,1, p. 294 n. 8-9; pp. 389-390.

I capisaldi della critica sono stati uno ad uno rimessi in discussione: così ad es. che in origine non si trattasse di deposito ma di *fiducia*, e ciò in base al contrasto tra contenuto del parere e limite della responsabilità del depositario al solo dolo (5), o di *tutela*, per il fatto che il l.11 dei *Digesta* di Celso trattava *de tutelis* (6).

---

(5) Vd. M. Voigt, *Das ius naturale, aequum bonum und ius gentium der Römer*, III, Aalen (1966), Scientia; rist. ed Leipzig (1871-1875), pp. 788-789 n. 1273; Id., *Die XII Tafeln*, Leipzig (1883), Liebeskind, II, pp. 166-167 n. 1.

(6) Vd. ad es. A. Pernice, *Labeo* cit., D, p. 202; e più di recente E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., p. 173; F. Sitzia, *Sulla responsabilità del depositario* cit., in BIDR.74 (1971), pp. 194-195.

A questi argomenti si è obiettato, e a ragione, che proprio la questione discussa nel frammento (equiparabilità o meno della *culpa latior* al dolo) dimostrerebbe la genuinità del dissenso tra Nerva-Celso e Proculo in relazione al normale contenuto del *praestare* del depositario (7). L'argomento relativo alla materia trattata nel libro da cui è escerpito il fr. esaminato sembra poi non essere così decisivo, dato che è ben possibile che Celso, trattando della responsabilità del tutore, accenni alla questione sorta in relazione al *praestare* del depositario, forse come esempio calzante ad un problema che stava affrontando (8). D'altronde, lo stesso spostamento dell'equiparazione, dalla *tutela* al deposito, non sarebbe coerente con il sistema della responsabilità della grande compilazione, cosí da non giustificarsi nemmeno su un piano sistematico (9).

Ai numerosi rilievi formali avanzati nel pieno della « *Interpolationjagd* » (10), si è poi ribattuto come lo stile del passo ed il modo di argomentare siano, invece, propri di Celso, in base al riscontro con numerosi altri passi che lo menzionano nella compilazione (11).

(7) Vd. a riguardo quanto notava già PH. HECK, *Die Fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann*, in ZSS.10 (1889) R.A., p. 130.

(8) In questo senso già il LENEL ritiene che l'argomento del Pernice è « wahrscheinlich, aber doch nicht streng erweislich »; *Culpa lata und culpa levis* cit., p. 277 n. 2; vd. altresì P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, rist. I ed. a cura di G. BONFANTE-G. CRIFÒ, Milano (1963), Giuffrè, pp. 630-631; tanto più se si tiene conto che proprio Celso « si era occupato particolarmente di precisare l'estensione del dolo in riferimento all'*actio depositi* (D.16,3,1,32 Ulp. 30 *ad ed.*) »; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 172-173; in questo senso anche H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., pp. 267-268 n. 7. Il VOCI, di recente, ritiene che il richiamo alla *diligentia*, richiesta dalla *natura hominum*, sarebbe spiegabile solo se si ipotizzasse un contesto diverso da quello della « responsabilità » del depositario; per questo motivo si dovrebbe immaginare che originariamente si parlasse di tutela; il richiamo al deposito era solo per richiamare un'opinione analoga a quella appena proposta; *Diligentia* cit., p. 54. In realtà, però, come lo stesso Voci evidenzia con la traduzione che fa della motivazione di Celso, la diligenza richiesta dalla « natura degli uomini » serve proprio a distinguere la mancata diligenza che non contrasta assolutamente con la *fides* da quella che invece si dimostra tale, sì da giustificare il suo richiamo anche rispetto al *praestare* del depositario. Per la natura insiticia dell'⟨*in deposito*⟩ vd. però anche W. LITEWSKI, *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), p. 47.

(9) In questo senso F. SITZIA, *La responsabilità del depositario* cit., pp. 196-197, il quale però ne deduce che la soppressione del richiamo alla tutela andrebbe collocata in età postclassica (p. 201). Cfr. sull'estraneità dell'equiparazione *culpa latior* = *dolus* rispetto al tutore nel sistema della compilazione giustinianea, anche F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 152-153.

A ciò si aggiunga che *culpa latior* è nel *Corpus iuris* un *hápax legómenon*, il che rafforza, più che indebolisce, la convinzione della sua provenienza dallo stesso Nerva (12) nel senso di 'colpa eccessiva' (13).

Va ora affrontato il problema del rapporto tra la prima parte della motivazione celsina (*nam et si quis/ fraude non caret*) e la seconda (*nec enim/ diligentiam praestabit*) (14). A questo ri-

(10) Ad es. il DE MEDIO, ritiene di dover dedurre la natura spuria dell'intero passo, oltre che da imperfezioni formali, da un presunto contrasto tra prima e seconda frase della motivazione celsina; *Studi sulla 'culpa lata'* cit., p. 28; su questa parte del passo vd. però *infra*. Il BESELER accentua invece essenzialmente rilievi formali; *Beiträge* cit., I, p. 48; ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS.57 (1937) R.A., p. 30; ID., *Beiträge* cit., in ZSS.66 (1948) R.A., p. 281. A riguardo può dirsi che al di là della possibilità indubbia di comprendere nella sostanza il parere celsino, anche i rilievi formali che spesso si sono mossi non sembrano poi così convincenti; il *diceret* può essere spiegato o come *quod*+cong. (« poiché Nerva avrebbe detto che... »), oppure come *oratio obliqua* in base alla indiretta conoscenza da parte di Celso (tramite Proculo) del parere di Nerva (« ciò che Nerva avrebbe detto, che... »); l'*is*, spesso modificato in *alienis*, è il soggetto dell'ultima frase, ed è coerente con il precedente uso di *quis*; il *quam* ha valore comparativo ed è giustificato da *minor*.

(11) M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*² cit., p. 195; sullo stile e la personalità di Celso vd. altresì F. WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura* 13.1 (1962), pp. 11 sgg.; F. CASAVOLA, Rc. in *St. romani* 11 (1963), pp. 66 sgg.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in ANRW.II 15 (1976), pp. 382 sgg.; R. REGGI, *L'argomentazione per assurdo e Celso figlio*, in *St. Grosso* 6 (1974), pp. 145 sgg.; F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* cit., pp. 109 sgg.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia giuridica tra Nerva e Adriano* cit., pp. 101 sgg.; ID., *Empiria e dogmi* cit., pp. 85 sgg.; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'* cit., pp. 5 sgg.

(12) L'osservazione è già in H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 268. Per l'uso classico di *latior* cfr. *ThLL.* « *latus* », II.B.1-2. Per LITEWSKI, ciò indicherebbe che *culpa lata* non fosse ai tempi di Nerva ancora un « fixed technical term »; *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), p. 47.

(13) Sull'idea del 'troppo', insita nel *latior*, vd. G. ROTONDI, *La misura della responsabilità* cit., in *Scritti* II, p. 109 n. 2; e ora F. MERCOGLIANO, *Diligentia quam in suis* cit., p. 400 n. 75.

(14) Di solito si considera interpolata l'una e genuina l'altra; vd. ad es F. HAYMANN, *Texkritische Studien* cit. I, in ZSS.40 (1919) R.A., pp. 296-297; W.

guardo mi sembra si debba accentuare il legame logico-argomentativo tra di esse, che, al di là di rilievi formali, giustifica una loro interpretazione in termini di espressione unitaria del pensiero celsino (15).

Il discorso è tutto centrato sul « *fraude non caret* » e sul « *nec salva fide* »: essi sono la conseguenza di un comportamento del debitore che per le proprie modalità viene considerato contrario alla *fides*, espressione di una vera e propria *fraus* (16). Rispetto al criterio-modello che viene assunto in questo giudizio, è fondamentale la contrapposizione tra « *modum quem hominum natura desiderat* » e « *suum modum* »: Celso vuole accentuare che, mentre il mancato adeguamento del proprio comportamento al modello dell'uomo diligente che è espresso dalla « natura degli uomini », non sarebbe come tale un indizio di *fraus*, quando questo mancato adeguamento si rapporta alle nostre consuete 'modalità comportamentali', si avrebbe una prova tangibile della nostra 'mala fede', del nostro intento fraudolento (17). Questo ragionamento sarebbe valido per il depositario che tradisce la *fides* del depositante, sorvegliando e curando le cose altrui con una diligenza minore rispetto alle proprie (18).

KUNKEL, *Diligentia* cit., p. 298 n. 2; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre der Haftung* cit., pp. 166-167.

(15) Per l'ARANGIO-RUIZ le due argomentazioni sono logicamente concatenate, sebbene espressione del pensiero giustinianeo; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 260-261. Per la paternità celsina del contenuto sostanziale della motivazione vd. già E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 63-64 e p. 173-174; *Istituzioni* cit., II,1, p. 390; H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 268; W. LITEWSKI, *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), pp. 47-49; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., p. 174; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 47 n. 92 (continua); F. MERCOGLIANO, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 386; P. VOCI, *Diligentia* cit., p. 54.

(16) Ciò che rileva qui è aver disatteso la *fides* e non la *fides bona*; esatto è il collegamento fatto dal GERHARD, del *fides salva* di D.16,3,32 con il *fides integra* di D.37,10,1,11 e il *fidem integram praestare* di D.24,1,5,15; *Scriptura interior und exterior*, in ZSS.25 (1904) R.A., p. 389.

(17) La diversa interpretazione del PANERO è fondata su un equivoco nella traduzione; *Deponere y reddere* cit., pp. 105-106. Il CANNATA, invece, ritenendo interpolate le frasi [*nisi tamen/ praestat*] e [*nec enim/ praestabit*], si preclude la possibilità di valorizzare il rapporto tra i due criteri; *Sul problema della responsabilità* cit., cap. I § 3.

(18) La « natura degli uomini » ha qui un valore 'normativo', indipendente e dalla mera 'fisicità' e da una particolare concezione 'morale', espressione invece di

Val la pena, ora, soffermarsi sui presupposti di un tale ragionamento: esso si svolge nella necessità di criticare Proculo, e quindi si muove, probabilmente, all'interno delle ragioni che avevano spinto questo giurista a criticare a sua volta Nerva (19).

Da questo punto di vista si deve accentuare che il *dictum* di quest'ultimo giurista non è contraddetto in modo assoluto da Proculo (come ad es. sarebbe stato se si fosse detto *negabat*), il quale esprime più un 'non gradimento', che trova appunto conferma nel *displicere* usato da Celso (20).

Se si conviene che il primo responso, quello di Nerva, conseguisse non ad una formulazione di principio, ma ad un particolare parere (21), potrebbe allora spiegarsi questo 'mancato gradimento', come diretto non tanto al singolo responso, quanto agli effetti che esso, attraverso una, sua generalizzazione a regola,

un 'ordine naturale' delle cose collegato alla realtà umana; il WALDSTEIN ritiene come proprio « Die geistige Dimension des Menschen, dem Vernunftgebrauch eignet, macht es möglich, diese Ordnung zu erkennen. Es wird nicht aus einer nicht normativen Natur auf Normen geschlossen, sondern vielmehr das Normative in der Natur miterkannt »; *Entscheidungsgrundlagen* cit., p. 46; di contrario avviso il CERAMI che ritiene trattarsi di una « concezione morale »; *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 47 n. 92. LO SCARANO USSANI deduce, dalla contrapposizione tra « l'operato del singolo e un'ipotetica, generalizzata e astratta *natura hominum* », una scelta di fondo di Celso, rispetto al giudizio sulla *culpa*. Il giudice, cioè, secondo Celso, avrebbe dovuto indirizzare la sua valutazione non ad un « criterio discriminante ed indicativo della 'normalità' », ma « allo specifico di ogni singola, concreta 'natura umana', di un *suus modus* che poteva essere ben diverso tra uomo e uomo », e ciò coerentemente alla sua « concezione del *ius* » e alla sua « metodologia 'empirista', legata alle suggestioni di tipo scettico »; *Valori e storia* cit., pp. 174-175. Una tale lettura, però, rischia di chiedere al passo più di quanto esso possa obiettivamente dare, visto che quella della L.32 D.16,3, non rappresenta « la concezione » celsina della *culpa*, ma soltanto l'indicazione di un comportamento che, pur non essendo « dolosamente » diretto a danneggiare le cose del depositante, deve essere ritenuto per Celso, ugualmente, espressione di una rottura della *fides*. Cfr. d'altronde per l'importanza che questo giurista dà ai modelli astratti di comportamento nel giudicare la *culpa* D.19,2,9,5 (vd. altresì D.13,6,5,15; D.17,2,52,2); su questi passi vd. *infra*.

(19) È da condividere la congettura di HAUSMANINGER, che l'argomentazione di Celso vada letta necessariamente come replica a Proculo, e quindi indirettamente fonte indiziaria del suo punto di vista e della sua argomentazione; *Diligentiam quam in suis* cit., p. 268; *contra* V. SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., p. 173 n. 179.

(20) Vd. ora in altro senso H. HAUSMANINGER, *Celsus gegen Proculus* cit., p. 55.

(21) Così H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 267.

avrebbe potuto provocare. Tale ipotesi trova un argomento a favore proprio nell'*infamia* che la condanna del depositario, se collegata ad un inadempimento doloso, avrebbe comportato (22). Da questa prospettiva si possono capire le riserve di Proculo, per il quale l'assunzione a regola dell'equiparazione della *culpa latior* al *dolus* avrebbe comportato una estensione, a suo modo non approvabile, dell'applicazione delle conseguenze infamanti della condanna per inadempimento doloso.

Che questa prospettiva fosse quella da cui Proculo era partito per criticare Nerva, sembra confermarlo, come dicevamo, proprio Celso, il quale a sua volta difende l'equiparazione della *culpa latior* al *dolus*, in base al mancato rispetto della *fides* che lega depositario e depositante. Egli sembra far proprio, ribaltandolo contro il suo autore, l'argomento del rispetto della *fides*: se per Proculo l'*infamia* poteva irrogarsi solo a chi avesse agito con frode, e tale non doveva considerarsi chi, per la sua grande negligenza, avesse in qualche modo contribuito al perimento delle cose depositate, per Celso, invece, era vero proprio il contrario, perché, a suo dire, in alcuni casi anche condotte non strettamente dolose disattendono la *fides*. In particolare, una tale gravità dell'atto del depositario doveva riconoscersi in una cura delle cose altrui peggiore di quella adibita di consueto alle proprie (23). Questo criterio, per Celso, è indicativo di una condotta che viola espressamente il vincolo fondato sulla *fides* tra depositante e de-

(22) E ciò automaticamente, se si trattava di azione di deposito con *formula in factum concepta*, dato che in questo caso il 'dolo' era il presupposto necessario della condanna; mentre condizionatamente all'accertamento dell'inadempimento doloso, se si trattava di azione con *formula in ius concepta*, in quanto in questo caso il *praestare* del depositario poteva anche, eccezionalmente, superare i limiti del dolo, senza però in questi casi incidere sul suo *status dignitatis*. Il SELB ritiene che il parere di Nerva possa essere stato espresso sia rispetto ad una *formula in factum* che una *formula in ius*, dato che lo sforzo interpretativo pone come termine di paragone comunque il dolo; *Das Problem des relativen 'Dolus'* cit., p. 1174. Sulle ipotesi di responsabilità del depositario al di là del dolo vd. C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 309 sgg.; W. LITEWSKI, *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), pp. 55 sgg.

(23) Per la differenza tra *diligentia quam in suis rebus consueta* e *diligentia quam in suis rebus adhibita* rispetto al parere di Celso vd. le giuste precisazioni di C.A. CANNATA, Rc. a DE ROBERTIS, in *Iura* 33 (1982), p. 180.

positario, e perciò degna di essere sanzionata altresì con l'*infamia* (24).

Dal punto di vista della storia dei concetti, il passo dimostra una concezione del dolo abbastanza chiara, la quale non è soggetta a 'relativizzarsi' (25), e nemmeno ad essere attratta, come si è pensato, in un più ampio concetto di *culpa* (26), ma al contrario, divenendo da punto di riferimento per una rilevanza della *culpa latior* nel *iudicium depositi*, rafforza, se vogliamo, la sua tipicità, come condotta intenzionalmente preordinata all'inadempimento. Nel dolo non si attrae — Celso direbbe, non si *adnumerat*— la *culpa latior*, ma semmai quest'ultima si affianca al primo, come ulteriore esempio di comportamento *contra fidem*.

(24) È merito del MITTEIS aver accentuato il rapporto tra irrogazione dell'*infamia* e riconoscimento dei presupposti della « responsabilità »; *Römisches Privatrecht* cit., pp. 325 sgg. Ciò che alla sua prospettiva però sfuggiva è la possibilità, anche in un giudizio infamante, di non subire l'*infamia*, quando la condanna non presupponga un dolo del convenuto. Questa possibilità, rispetto al deposito, deve essersi posta con l'introduzione dell'azione *in ius*, sebbene il parere di Nerva dimostri che la giurisprudenza possa avere anche tentato la via della equiparazione. Sul ruolo della *notatio infamiae* come aspetto sotteso al passo qui esaminato vd. anche H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 268; sulla possibilità di un *iudicium depositi* non infamante per inadempimenti 'non dolosi' vd. ora *lex Irnitana* LXXXIV, su cui *supra* cap. III, p. 209, nota 51.

(25) È quindi non propriamente esatto parlare di « dolo relativo », rispetto a Celso, in quanto egli non afferma come fa invece Nerva, che la *culpa latior* « è » *dolus*, e nemmeno che la *minor diligentia quam in suis rebus* « è » dolo, ma soltanto che queste esprimono comportamenti che, al pari del dolo, sono evidenti esempi di rottura della *fides* e quindi da « equiparare » all'inadempimento doloso, e ciò proprio nella prospettiva degli effetti infamanti; *contra* W. SELB, *Das Problem* cit., pp. 1178-1179; H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 268. Per il MERCOGLIANO, che parla opportunamente di *culpa latior* come « presunta violazione della *fides* » (p. 384), la *diligentia quam in suis* raffigurerebbe, in definitiva, il « metro di valutazione di una condotta dolosa »; *Diligentiam quam in suis* cit., p. 386. Anche in questo modo, però, potrebbero confondersi i due profili, quello della *fides* e quello del *dolus*. L'estensione di Celso opera sulle ipotesi rilevanti per il primo profilo, non per quelle del secondo.

(26) È questa la recente ipotesi del CERAMI, il quale, prendendo spunto da un rilievo del CANNATA (in base al quale nella frase oggettiva *latiorem culpam/ esse* soggetto non sarebbe *culpa* ma *dolus*; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 319 n. 1), ritiene il passo indicativo di una concezione celsina della *culpa* « come colpevolezza, cioè come imputabilità soggettiva, comprensiva del dolo (*culpa lata*) e della colpa in senso stretto (imperizia, negligenza) »; *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 200 n. 397.

Il significato di dolo, che abbiamo riscontrato in D.16,3,32 pr., è d'altronde coerente con il pr. celsino della nullità del patto « *ne dolus praestetur* », formulato con molta probabilità proprio in materia di deposito e successivamente esteso a tutti i rapporti obbligatori tutelati con giudizi di buona fede (D.50,17,23) (27). Attraverso una regola che esprime un'esigenza sentita probabilmente nelle età precedenti, si limita il principio dispositivo in favore di un contenuto dell'obbligazione di buona fede che non ammette deroghe, imponendo a chi concluda un certo tipo di contratti sempre ed in ogni caso un comportamento 'in buona fede' dal punto di vista soggettivo.

C. Culpa *e* imperitia (*D.19,2,9,5*).

Un secondo passo molto importante, rispetto al profilo che stiamo esaminando in questo paragrafo, è quello della valutazione in termini di *culpa* dell'*imperitia*.

Ulp.l.32 *ad ed.* (D.19,2,9,5)
Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

Ulpiano riferisce come nel libro VIII dei *Digesta* di Celso si affermava che l'« imperizia » andasse *adnumerata* alla *culpa*. Tale regola prendeva spunto da ipotesi di inadempimento di un certo tipo di conduttori: il pastore, il *fullo* ed il *sarcinator* (28). Essi

(27) Sul punto vd. S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 42-80.

(28) Il richiamo al *fullo* e al *sarcinator*, responsabili per *Gai.* III,205-206 di *custodia*, ha portato tutta una serie di autori a negare che qui si potesse originariamente parlare di *culpa*, dovendosi quindi riconoscere nella stesura iniziale un collegamento tra *custodia* e *imperitia*; cfr. ad es. W. Kunkel, *Diligentia* cit., p. 299 n. 1; J. Paris, *La responsabilité de la custodia* cit., pp. 87-88 (il quale pensa però che la rilettura dell'*imperitia* in termini di *culpa* sia da attribuire ad Ulpiano); F. Wieacker, *Haftungsformen* cit., in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 47 sgg.; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 188 sgg.; ed in un primo tempo F.M. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* cit., p. 168. A questa interpretazione ha reagito però l'Arangio-Ruiz, il quale, pur continuando a ritenere itp. il richiamo alla *culpa*, precisa come sia « improbabile che Celso abbia messo insieme, in un'opera di casistica, due concetti così eterogenei come la custodia e l'imperizia »; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 197 n. 1 (continua da p. prec.); d'accordo con l'Arangio-Ruiz si pronunciano M. Sargenti, *Problemi della responsabilità* cit., in SDHI.20 (1954), p. 155 n. 66; M. Kaser, *Periculum locatoris* cit., in ZSS.74 (1957) R.A., p. 189 n. 138. A parte si situa l'interpretazione del Pflüger, secondo cui, sebbene il richiamo a *culpa* non sia di Celso, la « responsabilità » per imperizia avrebbe una sua autonomia rispetto alla *custodia*, ed in particolare permetterebbe di porre a carico del conduttore tutti i danni che egli provoca per azioni contrastanti con « die Regeln seiner Kunst »; *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 197. Bisogna però aspettare il contributo dell'Alzon, per un primo tentativo diretto ad eliminare la presunta inconciliabilità tra il *custodiam praestare*, che Gaio collega al *fullo* e al *sarcinator*, ed il *culpam praestare* di Celso. Questo A. immagina una successiva rilevanza della *custodia*, rispetto a rapporti nei quali si rispondeva già di colpa, attraverso la conclusione di patti aggiunti e l'interpretazione dei giurisperiti fondata sulla *fides bona*. Per questa ragione anche in D.19,2,9,5 non dovrebbe sospettarsi il richiamo ad una responsabilità per colpa in relazioni contrattuali nelle quali il diritto classico parla anche di custodia; *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., pp. 59 sgg. e p. 66 n. 347. È evidente ancora, in questa spiegazione, la difficoltà di superare una nozione della *custodia* come criterio generale della responsabilità classica, dovendosi pensare ad una evoluzione di questa che non trova però conferma nelle fonti, dato che le sue prime applicazioni sono in materia di comodato, ed in particolare rispetto ad una azione *in factum concepta*, per la quale non sarebbe stata rilevante di per sè la conclusione di un patto aggiunto. Indubbiamente, però, l'Alzon riesce in qualche modo a superare un limite concettuale che invece è caratteristico del periodo interpolazionistico. Questi due tentativi, di spiegare la concorrenza del *custodiam praestare* e del *culpam praestare* non ricorrendo ad ipotesi di interpolazione — la evidenziata diversità essenziale tra *imperitia* e *custodia*, e la possibilità teorica di affiancare una responsabilità per colpa ad una responsabilità per custodia —, permettono di aprire la via ad una riconsiderazione del passo come espressione genuina del pensiero di Celso; cfr. ad es. C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 248 sgg.; pp. 315 sgg.; Id., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 7; G. MacCormack, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., p. 194; H. Hausmaninger, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 270; I. Molnár, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW. II 14 (1982), p. 595; pp. 602-603; p. 619; S.D. Martin, *Probatio operis*, in ZSS.103 (1986) R.A., p. 336; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 398; J.M. Rainer, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag* cit., in ZSS.109 (1992) R.A., pp. 506-507. Ancora dubbiosi sul richiamo alla *culpa*, da intendersi come generalizzazione giustinianea del parere di Celso tutto centrato sulla *peritia/ imperitia*, sono F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 147-148; p. 189; p. 247 n. 183; II, pp. 884-885; P. Pinna Parpaglia, *Vitia ex ipsa re* cit., pp. 50 sgg.; I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., pp. 81 sgg.; su questi autori vd. *infra*. 32.

nel pascolare i vitelli, o nel lavare e nel rammendare le vesti, devono *culpam praestare*. Dato ciò, ogni danno, che essi abbiano

prodotto per propria « imperizia », deve essere imputato alla *culpa*, in quanto essi devono svolgere l'attività negozialmente dovuta come *artifices*, cioè, diremmo noi modernizzando l'espressione, come 'professionisti' (29).

Che il richiamo all'imperizia, poi, sia genuino, lo conferma il parere di Mela che aveva accentuato l'importanza della « perizia » del mulione, a differenza di Labeone, per riconoscere il *praestare* del locatore-*dominus mulionis* (D.9,2,27,34).

D'altronde pensare di espungere l'ultima frase (*quippe ut artifex conduxit*) non solo non tiene conto che Ulpiano sta riferendo ancora le parole di Celso (*inquit*), ma altresì rinuncia alla *ratio iuris* dell'intero responso (30). Quando quest'ultimo giurista dice che per questi 'conduttori' il provocare danni per *imperitia* è di per sè una colpa, fonda questa sua asserzione proprio sul fatto che questi devono essere considerati non come dei semplici *conductores*, ma come persone che hanno assunto contrattualmente l'obbligo di svolgere una attività 'tecnicamente qualificata', e che quindi implica la conoscenza dell'*ars* a questa relativa (31). Questo modo di ragionare è coerente ad una concezione nella quale non era dubbio che l'*artifex* dovesse rispondere della propria *imperitia* (vd. ad es. per i medici Proc. in Ulp.18 *ad ed.*

(29) Il *quippe ut artifex conduxit* non sta a significare che nel caso specifico il conduttore, solo nell'ipotesi esaminata, si sarebbe impegnato a svolgere l'attività negozialmente dovuta come *artifex* (E. BETTI, *Istituzioni* cit., II, 1, p. 357), ma che la sua qualità di *artifex* viene automaticamente dedotta dal pascolare gli animali e dal rammendare e pulire le vesti; cfr. già C. ARNÒ, *Il contratto di società (corso di diritto romano aa. 1936-1937)*, Torino (1938), Giappichelli, p. 97; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 196; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location d'entrepôts* cit., pp. 146-147; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., p. 251; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., p. 194; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 398; J.M. RAINER, *Zur Locatio Conductio* cit., pp. 506-507.

(30) Esattamente l'ARANGIO-RUIZ nota che la critica del BESELER (*Beiträge* cit., IV pp. 210-211), relativa al ricorrere del *quippe*, dimostra al contrario tutta la sua inattendibilità, in quanto degli 80 luoghi richiamati dal giurista tedesco dove il termine sarebbe interpolato, ben 11 sono proprio di Celso; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 197 n. 1.

(31) Sulla logica della argomentazione di Celso vd. le considerazioni di C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 249-250; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 7.

D.9,2,7,8), ma che una tale regola fosse applicabile alle categorie di *conductores* segnalati.

A differenza di D.16,3,32 pr. rispetto al *dolus* e alla *culpa latior*, in questo caso l'*imperitia* diviene, in relazione ad attività specifiche, un esempio di colpa, venendo a dilatare la utilizzabilità di questo termine-concetto, estensione che, si può ben dirlo, è uno dei punti cardine della storia della *culpa* (32).

Dopo il dolo e la colpa, val la pena soffermarsi sulla concezione celsina del *custodiam praestare*. A riguardo Celso non sembra allontanarsi dal significato che la formulazione ha fin da Labeone, muovendosi questa, anche in Celso, essenzialmente nell'àmbito dell'eventualità del furto, e della legittimazione all'azio-

(32) Vd. esattamente il CANNATA, che ridisegna altresì l'acquisizione temporalmente articolata dei vari tipi di colpa; *Per lo studio della responsabilità per colpa* cit., pp. 315 sgg. Il DE ROBERTIS ritiene che proprio il richiamo alla *culpa* tradisca l'intervento giustinianeo, dato che per la mentalità classica doveva essere normale, nel caso discusso anche nella L.9,5 (D.19,2), considerare l'*imperitia* non solo come « vizio dell'intelletto » (colpa), ma anche come « vizio della volontà » (dolo). Ed in particolare dal passo emergerebbe questa prospettiva proprio dalla frase finale *quippe/ conduxit*. Come non potrebbe, cioè, considerarsi « in dolo chi, conscio della propria insufficienza, solleciti o si lasci affidare un incarico per il quale è richiesto un certo grado di specializzazione? »; *La responsabilità contrattuale* cit., I pp. 147-148; 149 n. 54; pp. 217-218 n. 183; II, pp. 884-885; lo segue P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re* cit., p. 59. A mio avviso, però, proprio gli argomenti portati a sostegno di questa interpretazione convincono della genuinità dell'attrazione dell'*imperitia* nella *culpa*. Il problema, infatti, avrebbe perso molta della sua rilevanza nei casi in cui il giudice avesse accertato una 'intenzionale' sopravvalutazione delle proprie capacità da parte del pastore, del lavandaio e del rammendatore al fine di arrecare un danno al locatore; ciò che qui il giurista vuole precisare è che, anche quando questi ultimi, ammettendo che abbiano fatto affidamento su capacità 'professionali' che non possedevano, lo abbiano però fatto 'in buona fede', ugualmente sono responsabili del danno alle cose del locatore dovuto alla loro imperizia. Il richiamo alla colpa, allora, non solo si giustifica, ma è altresì coerente con la nozione di dolo che abbiamo visto in Celso stesso. Bisogna, infine, rilevare che se il fondamento socio-economico dei rapporti locativi in questione avrà indubbiamente avuto un ruolo essenziale nella necessità di superare un giudizio delimitato alla diligenza, condizionando l'elaborazione di criteri di giudizio idonei a valutare i profili più strettamente « tecnici » delle attività svolte (così ora I. DE FALCO, *Diligentiam praestare* cit., p. 84), ciò non toglie che un tale approfondimento è presente già in Mela ed in Proculo, sì da porre il contributo dato da Celso al problema, su un piano più strettamente dogmatico; vd. in questo senso C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa* cit., in SDHI.58 (1992), pp. 423-424; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III § 14.

ne relativa (vd. per il *custodiam praestare* del venditore Cels. in Ulp.l.29 *ad Sab.* D.47,2,14 pr., per quella del comodatario Ulp.l.28 *ad ed.* D.13,6,5,15; e per quella del socio Ulp.l.31 *ad ed.* D.17,2,52,3 su questi due ultimi passi vd. *infra*).

Emerge quindi un contributo di Celso, rispetto alla valutazione dei concetti assunti come contenuti del *praestare*, che trova la sua maggiore espressione proprio in relazione alla *culpa*, la quale permette, a differenza del dolo e della *custodia*, una progressiva *adnumeratio* di nuove ipotesi ad essa ascrivibili. Al suo interno si muove il concetto della *diligentia*, la quale, coerentemente all'uso muciano, non è il solo criterio per individuare le ipotesi di *culpa*, e che, in Celso, viene ad arricchirsi anche di un nuovo criterio-modello, quello cioè della *diligentia quam in suis rebus consueta*.

Il fatto, poi, che la discussione ruoti esclusivamente intorno ai concetti di *dolus, culpa, diligentia* e *custodia*, con momenti anche estrememente 'originali', ma pur sempre interni ad una cristallizzazione dei termini-concetti a cui far riferimento, dimostra come ai tempi di Celso ci si muovesse all'interno di un panorama 'dogmatico' dei contenuti del *praestare* che aveva oramai assunto una certa stabilità, e che riflette già nella sua articolazione la regola classica in materia.

2. *Il* « dolum et culpam et diligentiam et custodiam praestare » *del comodatario come espressione di una 'cristallizzazione' del contenuto del* praestare *(D.13,6,5,15)*.

L'impressione, avuta alla fine del precedente paragrafo, trova conferma in due lunghi passi, tratti dai commentari *ad edictum* di Ulpiano in materia di comodato e società:

Ulp.l.28 *ad ed.* (D.13,6,5,15)
Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competi furti actio.

Ulpiano ricorda una ipotesi discussa nel VI libro dei *Digesta* di Celso, dedicato tra l'altro proprio all'editto « *de commodato* ». Prima di ridiscutere i dubbi più importanti che hanno investito il lungo passo, ritengo lo si debba rileggere senza escludere a priori alcuna sua parte.

Un « veicolo » è stato comodato, e locato, contemporaneamente a due persone. Per Celso, a fronte di una tale fattispecie, può porsi la questione se i due usuarii della cosa siano responsabili *in solidum* o *pro parte*. Per risolvere il problema il giurista prende in esame una prima argomentazione centrata tutta sulle modalità dell'uso del veicolo. Mentre i comproprietari e i compossessori, pur non avendo tale rapporto con l'intero, non esercitano il *dominium* e la *possessio* su precise porzioni della cosa, ma al contrario su tutto il corpo per parti ideali *pro indiviso*, rispetto all'uso, si può avere un suo esercizio « in solido », come ad es. per l'uso del bagno, del portico e del campo. In questi casi, infatti, l'uso di ognuno non verrebbe a diminuire l'uso degli altri.

A questo punto Celso inserisce, però, una precisazione che sembrerebbe smentire quanto appena detto: nel caso del veicolo sarebbe possibile immaginare un uso « di fatto » (*effectu*) separato, *pro parte*, con l'argomento che (*quia*) ciascuno dei due usuarii dispone di diversi *loca vehiculi*. Ciononostante, egli ritiene « più vera » la soluzione che riconosce un loro *teneri* in solido, condizionato per entrambi ad un *dolum, culpam, diligentiam* e *custodiam praestare*. Di conseguenza se uno dei due venisse convenuto in giudizio e condannato, l'altro sarebbe automaticamente liberato, ed ad entrambi competerebbe l'azione di furto.

Il richiamo alla locazione viene solitamente espunto in base

alla considerazione che esso non sarebbe come tale pertinente, in quanto nel l.VI dei *digesta*, Celso sta commentando l'editto *de commodato* e nella prosecuzione del fr. ulpianeo (D.13,6,7 pr.) si parla solo di comodato e non più di locazione (33). Da un punto di vista più generale va, però, detto che l'accostamento è giustificato, in quanto attraverso entrambi i contratti si concede l'*usus* di una cosa propria (34), con la differenza che in un caso lo si fa gratuitamente, mentre nell'altro verso corrispettivo. Proprio la natura dell'opera citata, poi, avente finalità spiccatamente casistico-problematiche (35), può ben giustificare la differenza tra l'ipotesi discussa nel § 15 e quella di D.13,6,7 pr., dove alla prima si sovrappone, come a questa collegata, ma indipendente, una ulteriore *quaestio* (*unde quaeritur*), relativa alla legittimazione passiva all'azione di comodato nel caso in cui il comodatario avesse eventualmente già esperito l'*actio furti*.

Nel § 15, d'altronde, la fattispecie discussa può essere diversamente interpretata. Potrebbe trattarsi di due ipotesi distinte, ma valutate analogicamente: da un lato un veicolo comodato contemporaneamente a due persone, d'altro lato un veicolo locato contemporaneamente a due persone. Oppure di una concessione dell'uso del veicolo a due persone contemporaneamente, ma con due diversi contratti, il comodato e la locazione. Nel primo caso (due comodatari o due conduttori), l'accostamento della locazione al comodato non pone alcuna modifica sostanziale dei termini della questione discussa, e potrebbe farsi risalire allo stes-

(33) Sono questi gli argomenti di E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* cit., I, pp. 212-213 n. 1, che vengono seguiti senza ulteriori precisazioni dalla lettereatura successiva. Cfr. ad es. J. Kerr Wylie, *Solidarity and Correality*, Edinburgh /London (1923), Oliver and Boyd, pp. 289 sgg.; W. Kunkel, *Diligentia* cit., in ZSS.45 (1925) R.A., p. 276; C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., in *Scritti* III, p. 194; E. Albertario, *Le obbligazioni solidali (Corso di diritto romano)*, Milano (1948), Giuffrè, p. 105 e più di recente, accentuando soprattutto la seconda argomentazione, G. Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano (1973), Giuffrè, p. 56 n. 22; P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 197; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 407-408.

(34) Così G. Grosso, *Usufrutto*² cit., p. 489; A. Torrent, *Notas sobre la relacion entre 'communio' e copropriedad*, in *St.Grosso* II, pp. 114-115.

(35) Vd. ora P. Cerami, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 194.

so Ulpiano, per il quale, a differenza di Celso (36), si era compiuta la sostanziale coincidenza tra i contenuti del *praestare* scaturente dai due contratti (Ulp.D.50,17,23: « *dolum et culpam commodatum... locatum* »). Nel secondo, invece, proprio la contemporaneità di due usi della stessa cosa aventi *causae* diverse farebbe pensare, per lo stesso argomento appena citato, ad una genuinità del « *commodatum vel locatum simul* », proprio perché per Celso conduttore e comodatario rispondevano non per le stesse condizioni d'imputazione, sì da sollevare il problema non solo sotto il profilo della 'correalità', ma anche sotto quello dei presupposti della condanna (37).

La *ratio* del parere celsino, comunque, al di là del problema del richiamo alla locazione, si struttura in tre parti: il dubbio, la *disputatio in contrarias partes* e la soluzione (38). Riguardo alla *quaestio* va detto che essa sembra essere, più che un caso concreto, un'ipotesi di scuola (*quaeri posse*), nella discussione della quale il giurista dà conto delle diverse argomentazioni (39). E forse proprio ad una tradizione interpretativa, che Celso alla fine non segue, si deve l'impostazione data alla discussione, tutta centrata sulle modalità dell'uso della *res*. Secondo questa linea il *teneri* 'solidale' sarebbe una conseguenza diretta della possibilità di esercitare l'*usus* in comune, come nel caso del bagno, del portico

(36) Nei precedenti capitoli si è visto, infatti, come solo per alcuni tipi di *conductores* si riconoscerebbe vuoi un *custodiam praestare* (l'*horrearius* e il *fullo* per Labeone; il *fullo*, il *sarcinator* ed il pastore in Celso), vuoi una *culpa* che contenga anche l'*imperitia* (*fullo, sarcinator* e pastore sempre in Celso).

(37) Cfr. G. MacCormack, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 173-174.

(38) Per il Cerami una tale logica sarebbe coerente alla « epistemologia della tradizione scettica », individuabile anche in altri passi di Celso, ed in base alla quale la soluzione più idonea sarebbe quella « meno contraddittoria sul piano pratico »; *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 197 e pp. 197-198 n. 392.

(39) Da altre fonti (sull'invalidità del legato di una *pars usus* Paul. *ad Vitell.* D.7,8,19; sul problema della *possessio in solido Sabin. Trebat. Labeo* in Paul. 54 *ad ed.* D.41,2,3,5; Iul. 13 *dig.* D.43,26,19 pr.; Pomp. 29 *ad Sab.* D.43,26,15,4) sembrerebbe riemergere a riguardo un contrasto sorto tra la scuola sabiniana e quella proculiana; cfr. G. Segrè, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali (Corso di diritto romano 1930-1931)*, Torino (1931), Giappichelli, p. 19; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*² cit., I, pp. 388 sg.; D. Liebs, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht* cit., in ANRW.15 (1976), pp. 245-246.

e del campo, a differenza del *dominium* e della *possessio*. Celso, però, rileva come questa prospettiva non sarebbe come tale idonea a giustificare il *teneri in solido* nel caso del veicolo, per il quale si potrebbe immaginare un uso *pro parte*, il che, secondo la visione citata, avrebbe dovuto significare l'esclusione del *teneri* solidale (40). Il fatto però che questo giurista preferisca (*sed verius est*) in ogni caso la soluzione di un « *teneri in solidum* » dimostra indirettamente come egli dovesse ugualmente giustificare questa conclusione, sebbene attraverso una *ratio* diversa (41). L'assenza di una espressa motivazione costringe l'interprete moderno a ricostruire presuntivamente la diversa logica di Celso, la quale lo condurrebbe, attraverso una strada nuova, alla stessa conclusione della concezione citata. Si è pensato a riguardo ad una logica fondata sulla funzione contrattuale. In particolare si è detto che la nuova argomentazione avrebbe assunto come fondamento del *praestare* dei due comodatari « le caratteristiche strutturali del comodato, quale specifico *contractus* in cui si esprime un *credere*, e cioè un *adsentiri cuicumque rei, alienam fidem secuti* », e che « Celso avrà osservato che nel caso del *vehiculum*

(40) Alcuni autori che si sono occupati del passo collegano il contrasto tra parte centrale e soluzione celsina non ad una interpolazione, ma ad un *ius controversum*, che avrebbe investito proprio la prospettiva dell'*usus*; vd. ad es. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato* cit., p. 194; E. ALBERTARIO, *Obbligazioni solidali* cit., p. 105; G. BRANCA, *Intorno alle fonti della solidarietà contrattuale*, in *Atti Congr. Intern. Verona* (1948), III, pp. 325-326; ed ora D. LIEBS, *Rechtsschulen* cit., pp. 245-246; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali* cit., p. 57.

(41) È chiaro, infatti, che se anche l'argomentazione celsina fosse stata costruita sulle modalità d'uso, dopo quanto detto Celso avrebbe dovuto concludere che non era esatta la soluzione della linea interpretativa citata, che motivava il *teneri* solidale in base all'uso solidale della *res*, e che in realtà data la possibilità concreta di un uso del veicolo *pro parte*, si doveva concludere per un *teneri pro parte*. Il SEGRÈ tenta di superare questa contraddizione, ritenendo che Celso non intenderebbe dire « che l'uso di un veicolo non sia meno in solido che quello di un bagno, di un portico, di un campo (...); bensì che nel fatto occupandosene una porzione reale, l'uso cade volta a volta su una porzione reale, coll'apparenza di diritti indipendenti tra loro »; *La comproprietà* cit., p. 19. Contro questa interpretazione, però, sta il tenore del riconoscimento del « *teneri in solidum* » introdotto come conclusione che non trova una premessa in quanto appena detto. Per il CERAMI, il *sed verius esse* potrebbe avere soppresso la nuova argomentazione del giurista; *La concezione celsina* cit., pp. 194-195. Per l'abbreviazione di questa parte del passo vd. anche E. LEVY, *Die Konkurrenz* cit., p. 213 n. 3.

duobus commodatum, il comodante, nel momento stesso in cui manifesta il proprio assenso alla unitaria proposta negoziale dei due comodatari (*simul*), dà ad entrambi, unitariamente ed indistintamente, il veicolo richiesto, fidando, in ordine alla puntuale ed integrale restituzione del veicolo stesso, sulla lealtà di entrambi i richiedenti » (42). Deve però notarsi che una tale interpretazione del *simul*, come collegato essenzialmente al profilo costitutivo del vincolo, rischia di essere riduttiva, non riuscendo a cogliere in pieno l'importanza del criterio della 'contemporaneità' nel passo in esame. Essa, d'altronde, sacrifica necessariamente il richiamo alla locazione, proprio in quanto accentua unilateralmente la funzione del solo contratto di comodato.

In realtà, con l'affidamento della *res* ai due usuarii (sia attraverso due comodati, sia attraverso due locazioni e sia, infine, attraverso un comodato ed una locazione), pur a fronte di due distinti rapporti obbligatori che legano il *dominus rei* con ciascuno di loro, e pur tenendo conto che nel caso di specie sarebbe ben possibile l'esercizio di un uso *pro parte*, si verrebbe comunque a creare un *teneri* solidale proprio in relazione alla 'contemporaneità' nel tempo dell'uso stesso. A differenza, cioè, della tesi citata da Celso, l'elemento essenziale per il riconoscimento dell'*in solidum teneri*, non è di natura 'spaziale' (*usus in solidum* o *pro parte*), ma di natura 'durativo-temporale'. Il *simul* non atterrebbe, però, al solo momento costitutivo dei due vincoli obbligatori, ma altresì all'esercizio dell'uso nella dinamica del rapporto, in base al quale per Celso si giustificherebbe la 'solidarietà passiva' dei due usuarii.

Quello che, poi, in questa sede preme rilevare è proprio la coerenza dell'elenco celsino a quella tendenza richiamata nel precedente paragrafo, tesa a coagulare intorno ad alcuni termini-concetti i contenuti del *praestare*. Proprio i significati che Celso viene a riconoscere ai concetti di dolo, colpa, diligenza e custodia, vengono a confermare la genuinità dell'elenco di D.13,6,5,15, contro le critiche che gli sono state mosse nell'epoca

(42) P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 199.

interpolazionistica (43). La giustapposizione di contenuti del *praestare* fondati sulla *culpa*, ed in particolare quello della *diligentia*, al criterio della *custodia*, prova come qui quest'ultimo non possa avere il significato di *diligentia in custodiendo*. L'ultima parte del paragrafo, poi, lo conferma testualmente, parlando di legittimazione attiva all'azione di furto di entrambi gli usuarii.

(43) L'elenco è criticato sia da un punto di vista formale (HAYMANN parla di « Zeugma » non frequente, *Textkritische Studien* cit. *I.Über Haftung für custodia* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 219 e n. 3), sia da un punto di vista sostanziale. In particolare per l'ARANGIO RUIZ parlare di *praestare in totum* sarebbe possibile solo rispetto alla *custodia*, in quanto « responsabilità oggettiva », mentre una tale solidarietà non si adatterebbe « alla responsabilità di carattere soggettivo, e in ispecie alla diligenza; si può ben porre il problema se una responsabilità oggettiva sia da più persone affrontata in tutto o in parte (col risultato che da ciascuna si possa pretendere in tutto o in parte l'*aestimatio* della cosa smarrita), ma non si comprende come si possa considerare frazionabile uno stato d'animo, quale è la diligenza »; *Responsabilità contrattuale* [2] cit., p. 172; nello stesso senso G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 108-109 e n. 2; W. HOFFMANN-RIEM, *Die custodia Haftung* cit., in ZSS.86 (1969) R.A., p. 396. Vd. altresì per l'epoca successiva F. PASTORI, *Il commodato* cit., pp. 206-207; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit. I, p. 54; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., p. 618. In realtà, però, entrambe queste critiche non sembrano decisive: formalmente, infatti, proprio l'espressione *in totum* dimostra come Celso, pur consapevole della apparente 'prolissità' dell'elenco, ne voglia accentuare proprio la completezza; nella sostanza, poi, la giustapposizione della *diligentia* e della *custodia*, come distinti contenuti del *praestare*, dimostra che il secondo termine non ha qui il significato di *diligentia in custodiendo*, ma quello di *stare praes* nell'eventualità del furto della cosa in base ad un'interpretazione tipica del *custodire*. Rispetto, infine, all'impossibilità di frazionare stati soggettivi, una tale prospettiva dimostra di non centrare il significato della soluzione celsina, che è proprio quello di far condannare chi dei due sia stato convenuto anche nel caso in cui sia stato l'altro ad essere in dolo, in colpa, a non essere stato diligente o ad aver detenuto la cosa quando sia stata rubata; vd. esattamente G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 173-174; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 201. D'altronde, come si è giustamente notato, l'intervento giustinianeo non avrebbe giustapposto alla *custodia* la *diligentia*, ma semmai avrebbe soppresso la prima a favore della seconda; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 409; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., p. 220. Per la genuinità dell'elenco, senza peraltro argomenti sufficienti a contrastare convincentemente la critica interpolazionistica, vd. C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato* cit., pp. 194-195; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., p. 129; G. MARTON, *Un essai de reconstrucion* cit., in RIDA.3 (1949), p. 188 e n. 12; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 66 n. 347-350 e 353; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, in *St. Sanfilippo* 1 (1982), pp. 607-608.

Il *custodiam praestare* dell'elenco celsino, allora, è coerente al significato che abbiamo riscontrato, con alcune differenze, nella tradizione romana dai *veteres* in poi, come *stare praes* collegato ad una interpretazione tipica del *custodire*, che esprime di regola un 'rispondere' senza colpa in caso di furto (44). La *diligentia* accanto alla *culpa*, poi, si spiega bene in base al ruolo che essa ha nel giudizio sulla colpa, almeno fin da Q.Mucio. In particolare, per Celso ciò avrebbe significato valutare la condotta debitoria attraverso sia un modello astratto di comportamento (« *diligentia quae natura hominum desiderat* »), sia un modello più concreto, rappresentato dalla diligenza applicata di consueto nelle cose proprie (45).

Con questo elenco il giudice possiede tutti i termini-concetti contenuti e contenibili nel *praestare* del debitore. Nella prospettiva dell'ipotesi esaminata, poi, ciò significherebbe che indipendentemente da chi dei due usuarii sia di fatto inadempiente, quello convenuto potrà essere comunque condannato (46). In questo senso la

(44) Vd. ora nel senso qui proposto rispetto al passo di Celso C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 9.

(45) Secondo il TAFARO vi sarebbe un'analogia fra questo elenco e la *sententia* muciana del § 3, in quanto in entrambe emergerebbe « l'intenzione di non lasciar fuori situazioni ascrivibili a diligenza o al concetto di *custodia* », mentre in base a D.50,17,23 sarebbe dovuto ad « un filone dottrinario seguito da Ulpiano il tentativo di abbracciare tutte le posizioni nel binomio dolo-colpa, ma non senza aver presente che vi erano situazioni individuabili meglio attraverso il richiamo alla diligenza »; *Regula e ius antiquum* cit., p. 221. Per il CERAMI, sebbene l'elenco sia genuino, i termini in esso riportati dovevano avere in Celso « significati e valori sensibilmente diversi da quelli assunti nella versione giustinianea del brano ulpianeo » (*La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 202). In particolare il dolo, la colpa e la diligenza sarebbero collegate all'azione di comodato *in ius concepta* la cui introduzione potrebbe risalire allo stesso Celso, mentre la *custodia* sarebbe collegata alla formula *in factum concepta*. Nell'elenco così composto la *culpa* andrebbe intesa come « 'colpevolezza' subiettivamente e genericamente intesa », mentre dolo e diligenza designerebbero « i concreti elementi di valutazione della colpevolezza »; (p. 199-201). In realtà, però, si è visto nei precedenti capitoli come già al tempo di Q.Mucio fosse stata riconosciuta una *culpa* del comodatario convenuto con l'azione di comodato *in factum*, e che il concetto di *culpa* in Celso non abbraccia mai quello di dolo, ma ne rimane nell'essenza sempre distinto. Il rapporto poi tra *culpa* e *diligentia* si spiega bene, come abbiamo già detto, tenendo conto che il modello dell'uomo diligente non è che un criterio, certamente il più importante, ma non l'unico per considerare qualcuno in colpa.

(46) In sostanza l'attore può convenire indifferentemente uno dei due usuarii, e farlo condannare provando che il veicolo non sia stato restituito perché perito per

'solidarietà elettiva' è completa, e non opera solo sul piano della 'correalità' (*duo rei habebuntur*) (47), ma altresì su quello dei presupposti sostanziali del *praestare*.

3. *Il* praestare *del socio in Celso: l'adeguamento dei suoi contenuti alla nuova funzione del contratto societario:* dolum culpam praestare/ damna fatalia non praestare *(D.17,2,52,2-3)*.

Come il precedente, anche questo fr. conferma l'impressione sopra espressa, alla fine del par.1 di questo capitolo.

Ulp.31 *ad ed.* (D.17,2,52,1-3)
Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides.
Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet [M/K .] ⟨,⟩ si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter [M/K ,] ⟨;⟩ veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.
Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.

dolo, colpa, per mancata diligenza o per furto, a prescindere dal verificare chi dei due fosse veramente responsabile. Vd. ora esattamente P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'* cit., p. 201.

(47) Cfr. a riguardo D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen (1972), Vandenhoeck & Ruprecht, p. 185; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali* cit., pp. 57-58.

Prima di affrontare i problemi giuridici sollevati da questo testo ulpianeo, val la pena soffermare la nostra attenzione su due questioni relative alla sua tradizione testuale.

A. *Il problema della tradizione testuale: critica alla « interpunzione » delle moderne edizioni.*

La prima questione attiene all'interpunzione proposta nelle moderne edizioni alla fine della frase *socios/oportet* (48), fatta propria dall'*editio maior* del MOMMSEN, e seguita dall'*editio stereotypa* del MOMMSEN-KRÜGER e da quella milanese, che val la pena ridiscutere.

Fin dal CUIACIUS il passo in esame è stato sottoposto a critiche di natura testuale (49). A riguardo bisogna riconoscere alla 'tradizione greca', in questo caso più che in altri, un ruolo essenziale per ricostruire l'originario tenore del fr. (50). Al testo corrispondente dei Basilici si richiamano altresì numerosi autori, altre volte meno propensi alla critica testuale, per provare come il passo in questione sia stato rimaneggiato (51).

(48) Cfr. ad es. De Tortis (ed. 1488; riprodotta in rist. anast. in *Corpus glossatorum* VII, Università di Torino; 1969) f. 264; Gothofredus (ed. 1663; Frankf. am M.); Freiesleben (1536 cito da ed. 1775) I, col. 559; Gebauer-Spangenberg (1776; Göttingen); Kriegel (cito dalla 14° ed. 1872; Leipzig); Beck (1825), I,1, p. 688 che propone peraltro di modificare [*oportet*] in ⟨*oportere*⟩.

(49) L'ipotesi del CUIACIUS, secondo cui andrebbe sostituito *velamentum* con *levamentum* (*Opera omnia* I, col. 119) è contraddetta però dal « κάλυμμα » di Stefano, sc. Ἡ πρὸ σόκιο a ἀπὸ δόλου B.12,1,50,2. E ciò valga anche rispetto alle altre proposte di emendazione della parola richiamate nell'*Index Interpolationum*.

(50) La *critica textus* richiama dal Gothofredus in poi i passi corrispondenti dei Basilici.

(51) Vd. ad es. BRASSLOFF, *Textkritische zu römischen Rechtsquellen*, in *Festschr. Bormann (Wiener Studien)*.24, p. 334 (cito da *Index interpolationum*); S. RICCOBONO, *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in BIDR.18 (1906), pp. 215-216 e n. 3; ID., *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del Corpus iuris civilis*, in *Mel. Fitting* 2 (1908), p. 480; B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip* cit., in *Festg. Gierke* (1910), pp. 18-19 (estratto) (rispetto soltanto al primo richiamo a colpa); J.C. NABER, *Ad literam Pisanam*, in *St. Bonfante* II, p. 296; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 45 sgg.; F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts* cit., in ZSS.54 (1934)

Va, però, detto, contro gli argomenti della critica, che in B.12,1,50,2, dove si afferma il principio « ἀπὸ δόλου ἐνέχεται », si riconosce anche un « ἀπὸ ἀμελείας ἐνέχεται » proprio rispetto alle ipotesi ricordate da Celso (52). Il problema che si pone è di capire le motivazioni che portano nei Basilici a riconoscere un « ἀπὸ ἀμελείας ἐνέχεσθαι » del socio solo come eccezione alla regola dell'« ἀπὸ δόλου ἐνέχεσθαι », quando, e ciò certo non poteva sfuggire all'attenzione del codificatore macedone, la tradizione giustinianea, su cui quelli si fondavano, parlava invece di un suo generale « *dolum et culpam praestare oportet* ». La risposta va ricercata, allora, nelle prime traduzioni e nei commenti fatti al testo latino dagli *antecessores* bizantini del VI sec. Particolarmente significativo, a riguardo, risulta lo sc. Ἡ πρὸ σόκιο a ἀπὸ δόλου tratto probabilmente dall'*Index* di Stefano al Digesto (53). Val la pena riportarne la prima parte:

– (Heimbach I, p. 751; Scheltema B II, p. 480)
Ἡ πρὸ σόκιό ἐστι τῶν βόνα φίδε. Ζητεῖται δέ, πότερον δόλον ἢ καὶ κούλπαν ἀπαιτεῖται. Καὶ ὁ Κέλσος γράφει τοὺς κοινωνοὺς ἀλλήλοις ἐποφείλειν δόλον καὶ διλιγεντίαν, ἐν ᾧ ἐν τῇ συστάσει τῆς κοινωνίας ὁ μὲν σπουδὴν ἤτοι τέχνην ἐπηγγείλατο, ὁ δὲ πράγματα συνήγαγεν. Οἷον... (esempi del pastore e del *politor*). Ἀπαιτηθήσεται γὰρ ἐνταῦτα δόλος ἢ καὶ ῥᾳθυμία τοῦ λαβόντος...

La lettura dell'*antecessor* dimostra di essere coerente al testo

R.A., pp. 45 sgg.; segue il Wieacker, senza ridiscuterne i presupposti argomentativi G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 182 sgg.

(52) Cade così l'argomento dell'Arangio Ruiz, in base al quale, si dovrebbe dare maggior fede al testo dei Basilici che agli scolii (nei quali compare fin dal primo inciso il richiamo alla 'colpa'), in quanto quest'ultimi ripeterebbero annotazioni che gli *antecessores* trovavano già belle e fatte sul testo latino, senza peraltro che si accorgessero della contraddizione, e ciò in base ad un loro presunto « scarso spirito critico »; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 48 n. 1. Sul concetto di « ἀμέλεια » nel senso di « negligenza » come proprio della cultura giuridica che va dal VI sec. alla compilazione macedone D. Nörr, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* cit., pp. 123 sgg.; sul concetto in relazione a B.12,1,50,2 vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II p. 864 e n. 12.

(53) Heimbach, VI. *Manuale Basilicorum*, p. 273.

latino come noi lo conosciamo nelle moderne edizioni fino al dubbio sull'entità dell'ἀπαιτεῖσθαι (*hē prò sókió esti/ apaiteîtai*). Nel richiamare, invece, il pensiero di Celso, si nota subito una differenza importante. Nel testo latino, come noi lo conosciamo, il discorso celsino esordisce con una affermazione di principio indipendente (« *Socios inter se dolum et culpam praestare oportet.* »), seguita poi da una proposizione ipotetica un po' sconnessa, avente come protasi la frase *si in coeunda societate/ pollicitus est alter*, e come apodosi la frase *nimirum/ culpa praestanda est*, all'interno della quale si apre una parentesi esemplificativa (*veluti/ fructibus*). Nell'*Index* di Stefano, invece, dove si sta 'traducendo' dal latino al greco (54), il periodo è diversamente strutturato. La prima proposizione, infatti, dopo « *ho Kélsos gráphei* », non ha il valore di una affermazione di principio indipendente, ma al contrario trova la sua giustificazione ed il suo condizionamento nelle ipotesi che seguono (*en hôͅ*). In sostanza, la frase « *dólon kaì diligentìan epopheílein* » (55) dei soci non è letta dall'*antecessor* come proposizione indipendente, ma al contrario come proposizione che troverebbe una sua premessa necessaria nella ipótesi di una società in cui una parte promette la propria « *spoudè étoi téchnē* », e l'altra conferisce in comune le « cose » (« *prágmata synágein* »). Separati sintatticamente da questo periodo, seguono gli esempi (socio-pastore e socio *politor*), introdotti da *hoîon*, al termine dei quali l'*antecessor* ribadisce l'*apaiteîsthai* per dolo e anche per colpa, quest'ultima resa però come *rhaͅthumía*.

La differenza è significativa ed impone di riconsiderare la

(54) Sulla funzione di questo tipo di opere nella didattica degli *antecessores* vd. per tutti H.J. Scheltema, *L'enseignement* cit., pp. 13 sgg.; L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* cit., pp. 685-688; P.E. Pieler, *Byzantinische Rechtsliteratur* cit., p. 405 e pp. 421 sgg. In particolare sull'*Index* di Stefano, oltre agli autori appena citati, si vd. anche G.E. Heimbach, *Basilicorum libri LX* t. VI. *Prolegomena* cit., pp. 49 sgg.; Z. von Lingenthal, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in ZSS.10 (1889), pp. 270-274 (che però pensa ad una provenienza di quest'opera dall'*Index* di Teofilo); C. Ferrini, *Intorno all'indice de 'Digesti' di Stefano*, in BIDR.3 (1890), pp. 61 sgg. [= *Opere* I, pp. 297 sgg.].

(55) L'uso dell'infinito darebbe ragione all'edizione critica curata dal Beck (1825) che all'*oportet* preferisce l'*oportere*.

scansione corrente e accettata dall'*editio stereotypa* del Mommsen-Krüger, dove l'interpunzione dopo l'*oportet* viene, invece, a separare le due proposizioni, interrompendo in questo modo il nesso logico che in Stefano esse mantengono, e che, in particolare, permetterebbe di comprenderne meglio il senso più strettamente giuridico.

In sostanza Celso non avrebbe detto: « I soci sono obbligati a star garanti tra loro del dolo e della colpa. Se nel concludere la società uno di loro ha promesso la propria *opera et ars* (ad es. quando...), allora deve stare garante senza dubbio anche della colpa », ma al contrario: « I soci sono obbligati a stare garanti tra loro del dolo e della colpa, se nel concludere la società uno di loro ha promesso la propria *opera et ars*; ad es. quando.... ». Una simile inversione tra apodosi e protasi ricorre, peraltro, in altri passi di Celso (56). In questo modo sarebbe possibile superare le critiche che si sono concentrate proprio sul ricorrere di *culpa* nella frase *socios/ oportet*, fondate essenzialmente sulla « generalità » dell'affermazione, sulla « ripetitività » e sulla « illogicità » di un periodare che fissato un principio, ne descriverebbe poi l'applicazione in termini di eccezione (57).

B. *La ricostruzione palingenetica del fr. ulpianeo: parziale critica all'ipotesi del* Lenel *(Paling.II,E.922).*

La seconda questione, che bisogna affrontare prima di intraprendere l'esegesi del lungo passo di Ulpiano, attiene ad una ricostruzione dell'originario fr. ulpianeo, fatta dal Lenel, che a nostro avviso non convince completamente. Per questo autore, infatti, tra i paragrafi 2 e 3 della L.52, come noi la conosciamo oggi, sarebbero state tagliate alcune frasi, inserite in altre parti del titolo *pro socio* dei *Digesta* giustinianei (58). In particolare D.17,2,49, che si collegherebbe direttamente al *quod si rei communi/ venire*, in quanto darebbe un es. del danneggiamento da parte del socio della *res communis*, e D.17,2,26 dove, sempre in relazione all'ipotesi del danneggiamento, si citerebbe il parere di Marcello, che nega la possibilità di compensare il danno dato per la propria negligenza con gli utili ricavati dalla società.

Se, però, il primo fr. sembra inserirsi perfettamente non solo nella tematica trattata *in fine* del § 2 della L.52, ma anche nella logica che sottende al riconoscimento di una *culpa* nella *societas*, parlandosi nella motivazione di « *laesio societatis* », il secondo viene a interrompere la continuità dell'impianto del discorso di Ulpiano, che, a mio avviso, anche nel § 3 segue una logica lineare, espressione di una 'unitarietà' del discorso che si sta facendo. Si parte dal principio del *dolum praestare*; si passa alle ipotesi in cui invece si risponde anche di *culpa*; si fissano i limiti di questo *praestare* (« danni fatali »); si prende in esame la particolare estensione del *praestare* del socio nell'ipotesi del conferimento delle pecore da pascolare come « *aestimatae* ». Ulpiano, in sostanza, introduce la questione dello *stare praes* in collegamento alla *fides bona* (§ 1), rileva il dubbio sopra i suoi presupposti (dolo o anche colpa?), e quindi richiama la trattazione celsina, la quale a riguardo rappresenta l'impianto sostanziale di tutto il discorso fatto nei §§ 2 e 3. Una tale ipotesi sarebbe poi confermata dalla parte finale del § 3, dove Ulpiano (59) sente l'esigenza di intervenire nella discussione con una precisazione relativa al rapporto tra *societas* ed *aestimatum* (« *Haec vera sunt...* »).

(56) Cfr. Cels. l.3 *Dig*. (D.2,15,12); l.5 *Dig*. (D.8,6,6,1b); Cels. in Ulp. l. 18 *ad ed*. (D.9,4,2,1); Cels. in Ulp. 22 *ad ed*. (D.11,1,11,12); Cels. l.6 *Dig*. (D.12,6,47); Cels. l.7 *Dig*. (D.17,1,48 pr. *in fin*.); Cels. in Ulp. l.32 *ad ed*. (D.19,1,13,17); Cels. l.18 *Dig*. (D.33,2,14); Cels. in Ulp. l.7 *Disp*. (D.41,2,34,2); Cels. in Ulp. (D.41,3,27); Cels. l.38 *Dig*. (D.45,1,99).

(57) Valgano per tutti le parole dell'Arangio-Ruiz: « Chi volesse giudicare delle attitudini di Celso al ragionamento giuridico e della sua facoltà di espositore dal modo in cui il nostro passo si presenta, dovrebbe pronunciare sull'ultimo corifeo della scuola proculiana una sentenza inesorabilmente severa. Messosi infatti sulla via di distinguere caso da caso, e pure sforzandosi di stabilire con la massima eleganza le peculiarità delle singole fattispecie, Celso arriverebbe in definitiva per tutti i casi alla stessa conclusione. In linea generale, il socio risponde di dolo e di colpa; se poi uno dei due soci conferisce, anziché danaro od altri beni, la sua attività ed esperienza, tanto più si dovrà dire ch'egli risponde anche di colpa; se infine per effetto del contratto qualche cosa è stata messa in comunione, e uno dei soci le rechi danno, Celso sarebbe propenso verso l'opinione ch'egli risponde anche di colpa! »; *La società in diritto romano* cit., p. 191.

(58) O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., II, col. 625-626.

(59) Per la diversa spiegazione del Wieacker di questa parte finale del passo vd. *infra*, p. 466 n. 72.

Leggere separatamente questi due par. della L.52 significherebbe perdere il filo conduttore che guida il ragionamento del giurista e che rende esplicito lo sforzo di chiarire in ogni sua piega sia la problematica dei contenuti del *praestare* del socio, sia quella dei suoi limiti, senza per questo rinunciare ad evidenziare regole e particolarità.

C. *Il* praestare *del socio in Celso.*

È possibile ora, dopo aver chiarito alcuni problemi attinenti alla tradizione testuale del passo, tentarne una rilettura che tenga conto delle precedenti considerazioni.

Ulpiano, commentando l'editto « *pro socio* », introduce il discorso relativo al *praestare*, partendo dalla natura di « buona fede » del giudizio relativo (§ 1). A questa constatazione egli collega direttamente il dubbio, se il socio debba per ciò rispondere solo di dolo o anche di colpa. La stessa prospettiva con cui si introduce il problema dimostra come quella del *dolum praestare* fosse sentita come regola, ma che proprio la *fides bona* venisse ad imporre una riconsiderazione del principio (60).

Introdotta la questione, il giurista severiano cita Celso, il quale aveva indicato nei suoi *Digesta* le particolari ipotesi nelle quali il socio doveva rispondere non solo del dolo ma anche della *culpa*. A riguardo, va detto che il giurista adrianeo non indica solo degli esempi concreti, ma fissa una regola: il socio risponde anche di colpa quando partecipa alla società con un 'conferimento d'opera' (*ars operave*). Una tale ipotesi sarebbe individuabile quando, ad es., al fine di dividersene i frutti, una parte conferisca pecore e un'altra (pastore) si impegni a portarle al pascolo, oppure quando una parte conferisca un fondo agricolo e un'altra (*politor*) si impegni a coltivarlo. In questi casi non vi sarebbe dubbio, per Celso, che il socio d'opera debba rispondere anche della propria colpa (61).

(60) Vd. ora la giusta osservazione di P. Voci, *Diligentia* cit., p. 58.

(61) Il riconoscimento della genuinità del secondo *culpa* si riscontra con maggiore frequenza nella letteratura; vd. ad es. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht* cit., I, p. 330 n. 43; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, p. 696; B.

La motivazione successiva ha posto e pone alcuni problemi. Il senso è abbastanza chiaro: la divisione degli utili in comune con il socio che non conferisce nulla, è il corrispettivo dell'attività svolta. Ma in che relazione sta questa motivazione con il problema della colpa?

La critica nega che possa considerarsi genuina tutta o parte della frase, proponendone trasformazioni non sempre convincenti (62). A riguardo va detto che la parola *velamentum*, la cui interpretazione non è agevole, è parola che non ricorre in nessun altro fr. dei *Digesta* giustinianei, e che si incontra, invece, una volta in una costituzione del 215 (C.5,6,1), e con maggior frequenza in una serie di costituzioni di Diocleziano (63). Ciò po-

Kübler, *Das Utilitätsprinzip* cit., pp. 18-19 (estratto); Manigk, *Societas*, in PW-RE.V,1, coll. 776-777; C. Arnò, *Il contratto di società (Corso di lezioni* 1936-1937), Torino (1938), Giappichelli, pp. 96 sgg.; pp. 261-262; e più di recente A. Watson, *Contract of Mandate* cit., pp. 196-197; Th. Mayer-Maly, *De se quaeri debere, officia ergo se und Verschulden gegen sich selbst*, in *Festschr. Kaser 70.G.* (1976), p. 243; H. Hausmaninger, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 270; S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., p. 292; M. Talamanca, *Società (diritto romano)*, in ED.XLII (1990), pp. 856-857; M. de Bernardi, *A proposito della pretesa contrapposizione* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* cit. II, pp. 142-143; F. Mercogliano, *Diligentiam quam in suis* cit., in *Index* 19 (1991), p. 384; I. de Falco, *Diligentiam praestare* cit., p. 59-60 n. 8; p. 61 n. 9 (continua da p. 60), p. 87; in parziale contraddizione con p. 101 n. 53 (continua da p. 100).

(62) Tra le molte emendazioni proposte (vd. *Index interpolationum*; e su *velamentum supra* p. 455 n. 49), val la pena ridiscutere quella di sostituire *artis* con *partis*. Per il Naber, ad es., in tal modo la frase acquisterebbe un senso, ed in particolare con essa si vorrebbe dire che « quia operae praetextu, id est, pro opera sua, partem laturum est, nimirum aequum esse, ut sit in ea praestanda omni reprehensione vacuus et solutus »; *Ad literam Pisanam* cit., in *St. Bonfante* II, p. 296. In questo caso *pars* avrebbe il significato di « parte degli utili » similmente a quanto dice *Gai.* II,149: « *lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur...* ». Per il Voci, invece, che accetta a sua volta la sostituzione, *pars* avrebbe qui il significato di « parte nella società », così che l'intera frase starebbe a significare « l'opera solo quando è di pregio assume le vesti della parte (si vede l'opera, ma sotto c'è la parte, dice immaginosamente Celso) »; *Diligentia* cit., p. 59. A ben vedere, però, la sostituzione lascia perplessi sia sotto un profilo strettamente grammaticale (non si spiegherebbe, infatti il doppio genitivo; vd. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 192 n. 1), sia sotto un profilo sostanziale. Proprio l'endiadi « *operis artis* », poi, è coerente alla descrizione dell'ipotesi in termini di *ars operave*.

(63) (a.290) C.7,20,1; (a.294) C.1,18,7; 2,4,23; 2,4,27; 2,4,35; 2,6,4=6,19,1; 5,6,1; 7,16,30; 7,20,1; 9,9,26 (27).

trebbe far pensare più che ad una interpolazione, ad una reinterpretazione a senso di Ulpiano del pensiero di Celso, il quale avrebbe argomentato l'estensione del *praestare* del socio d'opera alla colpa, in base alla concreta funzione che il contratto societario in questi casi soddisfa.

Si tratta, infatti, di superare un giudizio sull'inadempimento del socio, frutto di una concezione formatasi su un certo tipo di società, che rischia, se applicato anche alla società mista di 'capitale ed attività', di aggravare 'di fatto' la posizione del socio di capitali. Si è pensato, a riguardo, che l'argomentazione celsina, data la analogia tra le due situazioni, facesse riferimento al *praestare* del conduttore d'opera (64). Ed in effetti questa potrebbe essere stata la prospettiva originaria, attraverso cui si cercava di superare il limite del dolo rispetto a questi particolari socî. A ciò si aggiunga che, anche rispetto all'ipotesi del danneggiamento delle cose sociali, il riconoscimento di un *culpam praestare*, più che essere condizionato dal regime dell'*actio communi dividundo* (65), sembrerebbe diretta conseguenza della possibilità, ammessa dallo stesso Celso, di convenire in giudizio il socio con l'*actio ex lege Aquilia* (D.17,2,47) .

In entrambe le ipotesi potrebbe essersi formata, quindi, una linea interpretativa che, ricorrendo al ragionamento analogico

(64) Il che secondo il WIEACKER (*Haftungsformen* cit., pp. 47 sgg.), seguito sul punto dall'ARANGIO-RUIZ (*La società* cit., p. 192), dal LUZZATTO (*Caso fortuito* cit., p. 188) e dal POGGI (*Il contratto di società in diritto romano classico*, Roma 1972, L'Erma di Bretschneider, rist. anast. ed. Torino 1930-1934, II, pp. 101 sgg.) avrebbe significato che anche il socio pastore ed il socio *politor*, in base a quanto affermano le Istituzioni gaiane per gli altri conduttori d'opera, avrebbero risposto della *custodia* (*imperitia*); così ora anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 464-465. Per il DE ROBERTIS sarebbe stato proprio il criterio dell'*imperitia* il ponte tra le due situazioni; *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 147-148 e n. 45-47; e p. 149 n. 52-54. In realtà, però, la ricostruzione fatta nei precedenti capitoli dimostra come anche per i conduttori d'opera fosse presente, oltre ad un *custodiam praestare*, anche un *culpam praestare*, il che in base al delimitato significato che la prima espressione assume (*stare praes* collegato ad un'interpretazione tipica del *custodire*) trova una sua logica spiegazione anche su un piano dogmatico. Il diverso parere di W. LITEWSKI (Rc. a Tafaro, in ZSS.105 (1988) R.A., p. 876) è condizionato da una nozione di *custodia* in termini di criterio « generale » di responsabilità oggettiva.

(65) Così M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 592; M. TALAMANCA, *Società (dir.rom.)* cit., p. 856.

(socio d'opera = conduttore d'opera; presupposti della tutela *pro socio* = presupposti della tutela *ex lege Aquilia*), avrebbe cercato di superare il limite del *dolum praestare*. Con Celso, però, una tale prospettiva, a mio avviso, si arricchisce di una argomentazione più fine, attraverso la quale il *culpam praestare* non rappresenta più soltanto un adeguamento 'opportuno' della disciplina in materia, in base alle regole applicate nelle situazioni analoghe, ma diviene anche un adeguamento 'necessario', se si vuole mantenere l'equilibrio tra i valori dei conferimenti fissato dalle parti con la conclusione del contratto societario, e richiesto dalla *fides bona* nella dinamica del rapporto. Non si tratterebbe, però, dell'equilibrio tra le *partes lucri*, in base al quale il socio incolpevole vedrebbe « ridotta la sua quota di utile, che non corrisponde al suo apporto » (66), ma di quello dei 'conferimenti' originari che hanno condizionato la fissazione delle quote di utile. Per Celso, in sostanza, il socio d'opera che pascola le pecore 'negligentemente' ed 'imperitamente' è costretto a risarcire il danno al socio di capitali, in quanto in tal modo egli non ha 'perfezionato' il conferimento promesso, ragione della conclusione stessa del contratto, che conteneva nel valore dell'opera (cioè nel *velamentum* del *pretium* secondo Ulp.-Cels. o in ciò che vale *pro pecunia* per Servio Sulp.Rufo; J.III,25,2) l'*ars* necessaria per svolgerla. Lo 'squilibrio' si individua, quindi, attraverso un'interpretazione secondo 'buona fede' della prestazione d'opera fatta oggetto di un conferimento societario. In questa prospettiva, la *ratio* di Celso, coinvolgendo gli stessi presupposti d'esistenza della *societas*, doveva permettere di superare le riserve che fino ad allora avevano impedito, attraverso la sola argomentazione di natura 'analogica', l'affermazione di un *culpam praestare* del socio (67).

Con il § 3 si introduce il problema dei limiti del *praestare* del

(66) P. VOCI, *Diligentia* cit., p. 59.

(67) Per il TAFARO, invece, la questione discussa investiva come tale il problema dell'esistenza della *societas*, e non riguardava invece quello del « criterio di responsabilità »; *Regula e ius antiquum* cit., p. 293 n. 183 (continua). Così, però, si rischia di capovolgere la logica del responso, che parte dalla questione della estensione del *praestare*, per spiegarla in termini di necessaria conseguenza dell'esistenza del contratto societario.

socio. Posta la regola (dolo), e poste le ipotesi nelle quali si avrebbe uno *stare praes* aggravato fino alla colpa (socio d'opera e danneggiamento delle cose sociali), si vuole ora indicare quando il socio non debba in ogni caso *praestare*: così — si dice — per i « danni che accadono agli *imprudentes* », cioè i « danni fatali » (68). In sostanza, dopo aver chiarito che il socio può rispondere talvolta della *culpa*, si vuole però fissare con certezza quando questi in ogni caso non stia *praes*. A tale scopo si ricorderebbe il limite dei « danni fatali », che rappresentano terminologicamente l'adeguamento del limite del *praestare* del socio all'estensione dei suoi contenuti, non più solo il dolo (*damna quae im-*

(68) La reinterpretazione dei *damna quae imprudentibus accidunt* in termini di « danni fatali » è stata oggetto di discussione. Per il FERRINI (*Storia e teoria del contratto di commodato* cit., in *Scritti* III, p. 167), seguito dallo HAYMANN (*Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 [1919] R.A., p. 207 e n. 3), l'espressione non farebbe riferimento ai danni prodotti da forza maggiore. A riguardo, però, già il DE MEDIO, accentua come l'interpretazione dei *damna fatalia* come danni scaturiti dalla *vis* sia l'unica coerente agli esempi che seguono, del latrocinio e dell'incendio; *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 190-192 (il che peraltro non impedisce a questo A., in base alla sua ipotesi di fondo, della origine spuria delle categorie generali di « caso fortuito » e « forza maggiore », di dedurre da ciò la provenienza dai compilatori dell'espressione e di tutta la discussione della prima parte del par.); considera interpolata questa prima parte senza ulteriori argomenti il PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung* cit., in ZSS.65 (1947) R.A., pp. 191-192. *Damnum fatale* è però espressione che ricorre anche in Gai 2 *Res cott.* D.18,6,2,1; e in Ulp. 14 *ad ed.* D.4,9,3,1; 28 *ad ed.* D.13,6,5,4, sempre in relazione a ipotesi di *vis*; per la genuinità E. BETTI, *Periculum* cit., pp. 147-148; e p. 195; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit., p. 44 n. 288 e p. 45 n. 231; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 868; K. MISERA, *Zur Gefahrtragung bei der römischen Societas*, in *Iuris Professio. Festg. Kaser* (1986), pp. 203-204; M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)* cit., p. 857; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., p. 135 e p. 409-410 n. 62. Il problema che si pone, allora, non è tanto quello della genuinità o meno della espressione, quanto quello delle ragioni che spingono Celso/Ulpiano a riqualificare i « *damna quae imprudentibus accidunt* » come *damna fatalia*. A riguardo, salvo ulteriori osservazioni fatte nel prosieguo del commento al passo, val la pena menzionare la brillante ipotesi del DE ROBERTIS, che intravede nella prima formulazione quella che doveva essere consueta rispetto ad una concezione della « responsabilità » del socio limitata al dolo (*op. ult. cit.*, II, p. 869). La riqualificazione di questi danni come « danni fatali » sarebbe in sostanza la conseguenza dell'allargamento dei contenuti del *praestare* del socio anche alla colpa, il che troverebbe conferma nel testo, proprio nella necessità di ribadire l'inimputabilità alla colpa e al dolo del socio d'opera del perimento 'fortuito' delle pecore '*aestimatae*' messe in comune dal socio di capitali (« *si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit* »).

prudentibus accidunt) ma anche la *culpa* (*damna fatalia*) (69). E ciò anche quando il socio d'opera abbia accettato di pascolare un gregge *aestimatum*, dato che, a differenza di quanto dice Q.Mucio nella *sententia* in materia di comodato (D.13,6,5,3), egli, per Celso, non sarebbe tenuto a rispondere del suo perimento per *rapina* e per incendio (70), sempre che queste eventualità non siano determinate da un suo dolo o da una sua colpa. In questo caso, sebbene non si verifichi quell'*omnem periculum praestare* di cui parlava Q.Mucio, il socio d'opera dovrà, però, rispondere dell'eventuale furto del gregge (*custodiam praestare*), a differenza di quello che abbia pascolato, invece, un *pecus* non *aestimatum* (71).

Per Ulpiano queste osservazioni sarebbero da considerare vere (*Haec vera sunt...*), e quindi si potrà agire con l'*actio pro socio* per il furto del gregge, solo quando la dazione delle pecore al fine di essere pascolate fosse la *causa* della conclusione del contratto societario, sebbene queste siano state date, appunto, *aestimatae*. Nel giurista severiano si fa percepibile la preoccupazione, assente invece nella prima parte del par.3, di precisare che la delimitazione del *praestare* del socio al « *periculum custodiae* », sebbene le pecore siano state date *aestimatae*, non sarebbe di per sè in contrasto con la diversa regola di solito applicata (D.19,3,1,1), in quanto ciò sarebbe coerente alla *causa* della *da-*

(69) Vd. nota precedente.

(70) L'incendio è l'ipotesi di esonero da una responsabilità (non solo quindi contrattuale) su cui Celso si sofferma ripetutamente; Cels./Ulp. 9 *Disp.* D.9,2,49,1 → D.47,9,3,7 in fine. Vd. sul punto T. GIARO, *Excusatio necessitatis* cit., pp. 87-89.

(71) La differente efficacia dell'*aestimatum* rispetto alle due ipotesi del comodato (D.13,6,5,3) e della società (D.17,2,5,3) viene spiegata di solito richiamandosi alla diversa « *natura contractus* »; in questo senso già i commenti degli *antecessores* bizantini; di « ἡ φύσις συναλλάγματος » parla Stefano sc. Οὐκ ἀπαιτεῖ a τὰ τυχηρὰ (B.12,1,50,3 = D.17,2,52,3); vd. a riguardo G. ROTONDI, *Natura contractus*, in BIDR.24 (1912), p. 36 [= *Scritti* II, p. 189]. Ritengo, però, che oltre alle differenze tra i due contratti, abbia avuto un peso proprio il fatto che nell'età di Celso sia oramai acquisito il pr. del *casus a nullo praestantur* nei *iudicia bonae fidei*, il che sembrerebbe essere un limite anche alla valutazione, sempre all'interno di un giudizio *pro socio*, e quindi di buona fede, del *praestare* per la mancata restituzione delle pecore sebbene date *aestimatae*.

tio, che nel caso di specie non è l'*aestimatum* come tale, ma la società (72).

Si vede come, pur nella sua complessità, il passo mantiene una logica coerenza (73), fondata sulla discussione dei presupposti del *praestare* del socio alla luce della *fides bona*. Il limite dei « danni fatali » dimostra, coerentemente a quanto si deduce per esclusione dal lungo elenco di D.13,6,5,15, come quello delle « forze irresistibili » fosse oramai sentito anche nella scuola proculiana come un limite invalicabile per il riconoscimento del *praestare*. La netta contrapposizione tra il *non praestare* nel caso di rapina e incendio, e il *praestare* per il furto, nell'ipotesi dell'integrazione della società con un *aestimatum*, rafforza la convinzione che questa parte sia di Celso e non di Ulpiano, nè, secondo l'ipotesi palingenetica del Lenel, di Marcello (D.17,2,26 vd. *supra*), in quanto qui si riconosce al *custodiam praestare* un significato specifico, proprio della concezione del primo giurista e non dei secondi (74). Con Ulpiano, infatti, in base anche alla critica di Marcello a Giuliano (D.19,2,41; D.50,16,9), è attestata la tendenza ad attrarre il *custodiam praestare* nel *praestare* per mancata diligenza, sebbene ciò non significhi necessariamente che questa formulazione

(72) Per il WIEACKER, invece, la frase « *haec vera...* » sarebbe dei compilatori, i quali avrebbero collegato la responsabilità dell'*accipiens* dell'*aestimatum* a quella del socio d'opera, in base alla concezione bizantina della *natura contractus*; *Haftungsformen* cit., pp. 51-52. Ma al contrario, si deve osservare, che proprio l'immanenza dell'*aestimatum* nella società, indubbia per Celso, e da precisare per Ulpiano, spiega bene l'applicazione di un *praestare* limitato dalla forza maggiore, al posto della 'responsabilità' assoluta derivante dall'interpretazione dell'editto « *de aestimatoria* » (« *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit...* »; Ulp. 32 *ad ed.* D.19,3,1,1), in quanto nel primo caso il *praestare* era comunque valutato nel *iudicium pro socio*, che era di « buona fede ».

(73) Di solito invece anche gli autori che riconoscono genuino uno dei due par. non ne evidenziano poi lo stretto collegamento; vd. ad es. E. BETTI, *Periculum* cit., pp. 147-148; G. MACCORMACK, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972), p. 168; TH. MAYER-MALY, *De se quaeri* cit., p. 270; H. HAUSMANINGER, *Diligentiam quam in suis* cit., p. 270; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., p. 292. Il VOCI, pur riportando insieme i due par. si sofferma poi essenzialmente solo sul primo; *Diligentia* cit., pp. 58-60.

(74) Vd. per Celso *supra* pp. 445-446.

non esprima più di uno *stare praes* tipico per l'ipotesi del furto della cosa (75).

4. *I contenuti del* praestare *in Celso ed il suo limite.*

Nei precedenti paragrafi si è visto come con Celso si profili, in modo per noi ricostruibile con sicurezza, un contenuto del *praestare* ancora in movimento per quanto riguarda i valori semantici dei termini-concetti intorno ai quali viene oramai fissata la dogmatica del contenuto stesso, ed in particolare della *culpa*, ma 'cristallizzato' per quel che riguarda gli stessi termini-concetti a cui ascrivere le varie ipotesi esaminate ed il limite del *praestare*. In particolare da quest'ultimo è esclusa, sempre e comunque, la *vis* salvo l'esistenza di un patto espresso. Ciò, come ben si capisce, non elimina i diversi problemi che la questione del *praestare* doveva ancora porre ai giuristi. Una volta, infatti, che la discussione si concentri sui concetti di dolo, colpa (come mancata diligenza; imperizia) e custodia, vengono anche, di conseguenza, poste le basi per una riconsiderazione dei contenuti del *praestare* relativi ai diversi contratti. È questa rilettura che sembra impegnare la giurisprudenza di questo periodo, e che viene a costituire il presupposto dogmatico della sintesi ulpianea di D.50,17,23, dove l'intera questione del *praestare* finisce per ruotare essenzialmente intorno al dolo e alla colpa (diligenza), con la fissazione della regola del *casus a nullo praestantur*.

(75) Vd., sebbene con conclusioni in parte diverse, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 220 sgg.

CAPITOLO IX

CASUS A NULLO PRAESTANTUR IN GIULIANO

1. *Il* casus fortuitos non praestare *in Salvio Giuliano (D.16,3,1,35).*

Salvio Giuliano conferma le impressioni che abbiamo espresso nei precedenti due capitoli, riflettendo una concezione dei contenuti del *praestare* fissata sui concetti di dolo, di colpa e di *custodia*, dove quest'ultima significa essenzialmente uno *stare praes* nel caso di furto della cosa. In particolare val la pena riprendere un passo di Ulpiano nel quale si fa evidente l'acquisizione di una dogmatica dell'inadempimento fissata intorno a questi concetti che rappresentano l'àmbito, per così dire, positivo del problema del *praestare*, all'esterno del quale si pongono i 'casi fortuiti'.

Come si intuisce, si è di fronte alla piena maturazione di un *praestare* essenzialmente delimitato ad alcuni termini-concetti che mantengono una certa capacità di adeguarsi alle diverse circostanze di fatto, attraverso una mobilità dei loro contenuti semantici (*in primis* la *culpa*), ma per il quale l'unica possibilità di estensione, oltre la *culpa* e la *custodia*, è rimessa alla espressa volontà dei contraenti. A riguardo è significativa la seguente testimonianza:

Ulp.1.30 *ad ed.* (D.16,3,1,35)

Saepe evĕnit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convènit. sed et si se quis deposito òbtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Ulpiano ricorda, commentando l'azione di deposito, che « spesso » la cosa o il denaro sono depositati a « pericolo » del

depositario. Così ad es. se ciò fosse stato espressamente pattuito (1). Ma anche se qualcuno si fosse offerto al deposito, lo stesso Giuliano avrebbe scritto che « egli si vincolò al pericolo del deposito » così da dover *praestare* oltre il dolo anche la colpa e la custodia, ma non comunque i « casi fortuiti ».

Anche questo passo è stato fatto oggetto di una serie di critiche che val la pena ora ridiscutere. Un primo problema sembrerebbe essere quello del deposito di denaro (2), ma in realtà, il richiamo ai *nummi* è coerente al par.34 della stessa L. (3), e come già si è visto in D.19,2,31, all'*in creditum ire* della *pecunia* depositata senza essere *clusa* o *obsignata*, sì da giustificare, quindi, la prospettiva del *periculum* del depositario (4). Per alcuni autori poi, il primo es., quello del patto, sarebbe in contrasto con la natura del contratto di deposito, in questo periodo tutelato ancora con la sola azione *in factum* (5). Numerose fonti dimostrano, però, il contrario: proprio la discussione a cui lo stesso Celso partecipa, rispetto al patto « *ne dolus praestetur* » (D.50,17,23), e quella che investe il patto di assunzione dell'*omne periculum*

(1) È chiaro che discutendosi di questioni attinenti ai *pacta*, si ha presente qui l'azione di deposito *in ius*; L.1 D.16,3: § 6 « *contractus enim legem ex conventione accipiunt* »; § 7 « *haec conventio contra bonam fidem...* »; § 23 « *Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet* »; cfr. sul punto S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 242 sgg.

(2) V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116.

(3) Così il SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars*, in *Festschr. Koschaker* II (1939), p. 94 n. 3; sul *periculum nummorum* nel cd. deposito irregolare vd. anche H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki (1969), Helsingsfors, pp. 168-169; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano (1976), Giuffrè, pp. 141-142; pp. 148 sgg..

(4) Semmai si deve ritenere che nel caso del cd. deposito irregolare il « pericolo » non sia collegato all'ipotesi del patto espresso, proprio in quanto discenderebbe automaticamente dalla particolarità della *res* e dalle modalità del deposito; vd. la giusta osservazione di W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier II*, in RIDA.22 (1975), p. 295.

(5) S. DI MARZO, *Note critiche a proposito della L.7 §15 D.2,14*, in *St. Villa*, p. 6 (estratto); E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto*, in BIDR.25 (1912), p. 21; seguono questa ipotesi senza aggiungere nulla E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung* cit., p. 94; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116.

(D.2,14,7,15; D.16,3,1,6), sono le prove dell'esistenza già prima dell'età adrianea di una azione di deposito *in ius concepta* (6).

Sulla seconda parte della testimonianza, poi, si è partiti notando la ripetizione del *tamen*, che non avrebbe però riflessi di natura sostanziale (7), per giungere ad una critica globale, vuoi dell'ipotesi da cui si parte (8), vuoi dell'elenco dei contenuti del

(6) Vd. esattamente G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *St. Fadda* VI (1906), pp. 350-351 n. 1; C. LONGO, *Il deposito (Corso di diritto romano)*, Milano (1946), Giuffrè, pp. 40 sgg. e pp. 46-47; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in SDHI.28 (1962), pp. 286 sgg. (il quale però cade in contraddizione affermando che la sua introduzione sarebbe dovuta proprio a Giuliano); G. GANDOLFI, *Il deposito* cit., pp. 141-142. L'età a cui si fa risalire di solito l'introduzione dell'azione di deposito di « buona fede » è la seconda metà del I sec.d.C.; vd. ad es. G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito*, in RISG.45 (1908), pp. 38 sgg. [= in *Scritti* II, pp. 38 sgg.]; più cauto l'ASTUTI, *Deposito (diritto romano e intermedio)*, in ED.XII (1963), p. 212 [= *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* III (1984), p. 1958-1959]; segue il Rotondi C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 218 sgg.; sul punto d'accordo W. LITEWSKI, Rc., in SDHI.41 (1975), p. 439; TH. MAYER-MALY, Rc. in ZSS.92 (1975) R.A., p. 349; non si sofferma sul problema invece il VOCI (Rc. in *Iura* 24 (1973), pp. 278 sgg.) sebbene questo A. abbia proposto in altro scritto la risalenza della *formula in ius* all'epoca di Labeone; *La dottrina romana del contratto* cit., p. 75 n. 6. Il TAFARO sottolinea come la prassi pattizia sia condizionata proprio dalla trasformazione socio-economica della funzione del deposito, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 246 sgg.

(7) Di semplice errore parla l'EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* cit., in ZSS.18 (1897) R.A., p. 21. A riguardo va riconosciuto che la ripetizione del *tamen* è estranea al latino classico, dove l'avverbio mantiene il suo valore essenzialmente avversativo, incontrandosi invece nell'epoca tardo-antica, quando esso perde mano a mano questo 'valore'; vd. LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Grammatik* cit., II, pp. 671-672. Può però anche ipotizzarsi, sempre su un piano formale, l'uso di *tamen* con valore condizionale, rispetto a quanto appena detto sul « pericolo » del depositario, all'interno di una proposizione limitativa introdotta dall'*ut* o dal *ne* (*ut... non*). In questo caso potrebbero spiegarsi entrambi i *tamen* legati uno alla delimitazione in positivo del significato del *se periculo depositi illigare* (*ita tamen ut... praestet* »), e l'altro alla delimitazione, questa volta in negativo, della stessa espressione (*ita tamen ut... non praestet*); come es. di questa modalità d'uso l'*OLD.*, p. 1903, richiama Liv.13,56,1 (*ita tamen ut tibi nolim molestus esse*); ID. 22,61,5 (*ita* ⟨*in urbem*⟩ *admissos esse ne tamen iis senatus daretur*); Sen. *Suas.* 1,5 (*quae prosunt ita tamen ut delectent suadenda sunt*); e tra i giuristi Gai. D.9,2,4,1 (*lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur*).

(8) HAYMANN si richiama non tanto a ragioni formali (come l'*obtulit* al posto dell'*obtulisset* nell'*oratio obliqua*), quanto a motivazioni di sostanza, dato che

praestare (9), e vuoi del ricorrere di *casus fortuiti* (10).

I precedenti capitoli ci permettono, al contrario, di riconoscere alle parole di Giuliano la loro piena genuinità, espressione di una concezione perfettamente coerente al contesto dogmatico che abbiamo mano a mano ricostruito fino a Celso.

La giustapposizione del dolo, della colpa e della *custodia* vuole offrire un quadro il più possibile completo dei termini-con-

---

sarebbe incredibile che Giuliano ponesse a carico del depositario, che non riceve alcun corrispettivo il *periculum custodiae*, per la sola ragione che si sia offerto amichevolmente a tenere presso di sè la cosa; *Textkritische Studien* cit., in ZSS.40 (1919) R.A., p. 178 n. 1; argomentazioni simili riecheggiano in R. ROBAYE (*L'obligation de garde* cit., p. 46), sebbene in questo A. sono usate al fine di evitare l'assunzione di un significato del *custodiam praestare* come « responsabilità oggettiva »; vd. altresì ora R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 208-209.

(9) Espungono l'intera parte finale E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità* cit., pp. 21-22; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 178-179 n. 1; per l'ARANGIO-RUIZ dai criteri di imputazione andrebbe eliminata solo la *culpa*, dovendosi invece salvare il dolo e la *custodia*; *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116; così anche E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung* cit., p. 96; C. LONGO, *Il deposito* cit., p. 47; vd. altresì J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation* cit., in ZSS.68 (1951) R.A., p. 229; non ridiscute i risultati della critica in quanto conservano il richiamo alla *custodia* C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità* cit., p. 54; per l'interpolazione della *culpa* anche W. LITEWSKI, *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), p. 57.

(10) La provenienza dai compilatori della menzione dei « casi fortuiti » sarebbe spiegabile in base alla necessità di attenuare la « responsabilità » del depositario, che per i classici sarebbe stata assoluta; così G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare* cit., in BIDR.19 (1907), p. 215 n. 2 (continua da p. 213); oppure perché sarebbe illogico, dopo aver affermato che si risponde di dolo, colpa e custodia, ritenere che possa « nascere il dubbio che si sia responsabili per altro », ed aggiungere l'espressa esclusione del caso fortuito; così A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., in BIDR.20 (1908), pp. 205-206. Seguono questa soluzione senza aggiungere altri argomenti E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità* cit., pp. 21-22; F. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 178-179 n. 1 (per il quale, in verità, vi sarebbe altresì l'uso scorretto di *praestet* nella *consecutio temporum*; sui rilievi formali di questa parte vd. però *supra* n. 7); V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116; così anche W. LITEWSKI, *Depositary's Liability* cit., p. 57. Accettano l'espunzione formale dell'espressione, riconoscendone però la sostanziale coincidenza con il pensiero classico E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung* cit., pp. 96-97 n. 63; H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita* cit., p. 153; si è poi detto che l'espressione non sarebbe coerente alla stessa terminologia di Giuliano, che in materia sarebbe legata all'uso del concetto di *vis*; I. MOLNÁR, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior* cit., in *Iura* 32 (1981), pp. 89-90; *contra* ora A. DOLL, *Von der vis maior zur höheren Gewalt* cit., pp. 42 sgg e quanto dico *infra* pp. 474 sgg.

cetti rilevanti per il *praestare* del contraente. Voler eliminare la *culpa* in quanto comunque inclusa nel criterio più ampio della *custodia*, e quindi per ciò solo superflua, nasconde una concezione del *custodiam praestare* che, così come dai *veteres* a Celso si è visto, non è aderente alle fonti. D'altronde il significato di *custodiam praestare*, come *stare praes* per il furto della cosa conseguente ad un'interpretazione tipica del *custodire*, è confermato anche per Giuliano da diverse testimonianze (« *An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat quaeritur. et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat...* » D.47,2,14,10; vd. altresì anche il pr. della stessa L. e la catena di testi D.19,2,41; D.13,6,19; D.9,2,11,9) (11).

Ugualmente errata è l'interpretazione del ricorrere di *culpa* e *custodia* come prova della classicità della seconda con il significato di *culpa in custodiendo*, dove il binomio si spiegherebbe in quanto il primo termine atterrebbe ai comportamenti colposi non legati alla sorveglianza (12).

In questo modo, infatti, la *custodia* avrebbe potuto essere espressa concettualmente anche solo con la *culpa*, senza una vera necessità di giustapporre i due concetti come contenuti indipendenti del *praestare*. Il quadro storico fino a questo punto ricostruito, poi, contraddice questa interpretazione, ed in particolare, proprio la concezione giulianea del *custodiam praestare* spiega bene perché non sia sufficiente parlare di *culpa*, ma si senta invece la necessità di distinguere la *custodia* e la *culpa*. Infatti il particolare significato del *custodiam praestare*, in base al quale lo *stare praes* è riconosciuto sebbene non vi sia una colpa per il caso specifico del furto, legittima la prospettiva di Giuliano (13).

---

(11) Su questi passi rispetto alla concezione di Giuliano vd. C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., pp. 39 sgg.; pp. 62 sgg. dove la discussione della letteratura precedente.

(12) Vd. ora in questo senso R. ROBAYE, *L'obligation de garde* cit., p. 45 n. 47 e p. 46; *contra* W. LITEWSKI, Rc. in SDHI.54 (1988), p. 386 il quale, però, seguendo quanto già detto nel suo contributo *Depositary's Liability* cit., in AG.190.2 (1976), p. 57, ritiene di dover risolvere il problema accettando l'interpolazione della parola *culpa*.

(13) Il MACCORMACK, che a sua volta ritiene il ricorrere del *culpam et custodiam praestare* come originario (*Custodia und culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., p.

Rispetto, infine, alla delimitazione del *praestare*, va detto che l'uso del concetto dei « casi fortuiti » non pone di per sè problemi (14), e che dal punto di vista sostanziale, proprio il ricorrere di un plurale dimostra come Giuliano avesse in mente una serie di ipotesi per le quali la categoria usata serviva da concetto di riferimento (15). La scelta consapevole fatta da Giuliano di non ricorrere al concetto di *vis*, da questo giurista altre volte utilizzato (*Iul.* D.19,2,9,2; *Afr.* D.19,2,33), potrebbe anzi testimoniare il tentativo di ricorrere ad una categoria dogmatica che, meglio di « forza », riuscisse ad abbracciare tutte le ipotesi che la giurisprudenza aveva selezionato nella riflessione sulla prassi, e che si erano accumulate man mano intorno alla categoria serviana della « forza irresistibile ed esterna », tanto da condizionare già nell'età di Labeone una riconsiderazione del concetto in termini di 'straordinarietà'. In sostanza Giuliano, seguendo il modello sabiniano di un *praestare* necessariamente delimitato, ricorrerebbe al

217; vd. anche pp. 158-159 e n. 41; Id., *Periculum* cit., in ZSS.96 (1979) R.A., p. 157), giustifica la sua interpretazione in base ad una diversità sostanziale tra la formulazione dove il *praestare* ha per oggetto la *culpa*, rispetto a quando ha per oggetto la *custodia*; in questo secondo caso si intenderebbe il contenuto della obbligazione, mentre nel primo il criterio di responsabilità; contro questa lettura vd. il significato 'unitario' del *praestare* da noi proposto rispetto ai profili dell'inadempimento, come 'condizione' debitoria la quale, nelle formulazioni 'ellittiche' della giurisprudenza da Q.Mucio in poi, assume via via per complementi oggetto quelli che sono i presupposti del suo riconoscimento. Da questo punto di vista mentre la colpa fonda lo « *stare praes* » su una valutazione 'diretta' della condotta del contraente, per la *custodia*, l'attività di sorveglianza, espressa dal *custodire*, non indica che l'àmbito ma non il presupposto della « responsabilità » (vd. *supra*, pp. 168 sgg.). Sul rapporto tra custodire e *custodiam praestare* del depositario rispetto al passo in esame vd. anche le giuste osservazioni di A. Metro, *L'obbligazione di custodire* cit., p. 106; ed in generale ora R. Herrera, *La custodia come obligación singular del depositario en el contrato de deposito*, in *Estudios Iglesias* III (1988), pp. 1407 sgg.; R. Panero, *Deponere y reddere* cit., p. 34; pp. 53-54; 65-67; 72-73.

(14) Il ricorrere nel latino classico oltre che della parola *casus*, anche del binomio « caso fortuito » è attestato ad es. nella *Rhet. ad Her.* I,11,19; Cic. *Top.* 20,76; Fest. *De verb. sign.* (Lindsay), p. 51. Nel latino giuridico lo si incontra prima di Giuliano, già in Alf.Varo in tema di locazione (D.19,2,30,4; su cui vd. *supra*); e in Labeone in tema di *damnum infectum* (D.39,2,24,3); vd. giustamente Th. Mayer-Maly, *Höhere Gewalt* cit., in *Festschr.Steinwenter*, p. 66.

(15) Così giustamente G.C.J.J. van den Bergh, *Custodia und furtum pignoris*, in *St. Sanfilippo* I, p. 609.

concetto dei « casi fortuiti », in quanto lo ritiene concetto maggiormente idoneo a contenere tutti gli accadimenti per i quali, nei diversi rapporti contrattuali, non si debba riconoscere un *praestare* del contraente. Questa categoria concettuale dimostrerebbe, per il giurista adrianeo, una maggiore possibilità di 'espansione', sì da riuscire a contenere sia le *vis*, sia gli altri accadimenti 'fortuiti' che non soddisfano i presupposti della « forza irresistibile ed esterna ». « Casi fortuiti » diviene cioè 'il' concetto esprimente il limite del *praestare*, nel quale, forse proprio grazie all'aggettivazione del *casus* in *fortuitus*, attraverso la quale penetra l'eco del latino *fortuna* e del greco τύχη, è possibile fissare un punto di riferimento unitario di questo limite (16).

Dal punto di vista della *ratio* della estensione del *praestare* del depositario, va chiarito il ricorrere per due volte della parola *periculum* (17). In un caso, quello di Ulpiano, si vogliono richia-

(16) Si potrebbe ipotizzare uno sviluppo, peraltro non lineare, ma non per questo meno interessante, nel quale *vis* e *casus*, a differenza di *periculum*, interagiscono nel coprire una stessa area semantica, tentando la giurisprudenza in un primo tempo un riadeguamento della nozione di *vis* (Servio: *vis cui resisti non potest* D.19,2,15,2; Alf.: *vis extraria* D.19,2,30,4; Labeone: *vis /contra consuetudinem* D.18,1,78,3; Sabino: *vis naturalis/ vis humana* D.19,2,59), a cui seguirebbe, invece, per la rigidità concettuale di questa parola, una progressiva prevalenza del ricorso al *casus fortuitus*, che per la sua maggiore elasticità rappresenta per Giuliano il termine-concetto che permette di contenere tutte le ipotesi che la riflessione della giurisprudenza sulla prassi e sugli esempi di scuola aveva individuato come estranee al *praestare* del contraente; troppo 'unilaterali' da questo punto di vista si dimostrano i recenti contributi di T. Giaro, *Excusatio necessitatis* cit., pp. 175-183 (conclusioni), pp. 346-349 (note); I. Molnár, *Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior* cit., in *Iura* 32 (1981), pp. 73 sgg.; insoddisfacente O. Robinson, *Casus in the Digest*, in *Acta Juridica* (1977), pp. 337-345; vd. ora qualcosa in A. Doll, *Von der vis maior zur höheren Gewalt* cit., pp. 46 sgg.

(17) Alcuni autori che si sono soffermati sul passo hanno ritenuto di evidenziare una identità nei significati di *periculum* nell'uso prima di Ulpiano e poi di Giuliano; per alcuni si tratterebbe in entrambi i casi di *periculum* per il cd. « caso minore »; vd. ad es. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116; E. Sachers, *Die Verschuldenshaftung* cit., pp. 97-99; P. Krückmann, *Custodia* cit., in ZSS.64 (1944) R.A., p. 8 e pp. 52-53; per altri, invece, i classici avrebbero indicato con entrambi il *periculum* della *vis maior*, e solo con Giustiniano vi sarebbe stata una diminuzione della « responsabilità » nell'ipotesi di Giuliano; così ad es. C. Longo, *Il deposito* cit., pp. 46-47; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit. I, p. 470 n. 82; II, p. 722 n. 85. Contro queste interpretazioni si è opportunamente pronunciato il Rosenthal, il quale, richiamandosi da un lato ai diversi significati di

mare alcune ipotesi nelle quali, contro la consueta responsabilità per dolo del depositario (*saepe*) (18) (ma ben superabile ai tempi di Ulpiano), si riconosce un suo *praestare* anche rispetto al « pericolo ». A riguardo proprio il collegamento con Pomponio in Ulp. l.4 *ad ed.* (D.2,14,7,15) chiarisce che qui si intende l'*omne periculum*, il che è coerente con la regola che Ulpiano applica in materia di assunzione convenzionale dello stesso (« *sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit...* » D.50,17,23; « *nisi forte... si hoc ab initio convenit* » D.13,6,5,2) e con l'automatico trasferimento del « pericolo » al depositario nel caso del cd. deposito irregolare (*periculum nummorum*). Richiamati i due esempi più significativi dell'aggravamento del *praestare* del depositario, il giurista severiano cita una soluzione di Giuliano nella quale si poneva a carico del depositario di cose di specie un *periculum*, sebbene non vi fosse alcun apposito patto.

In particolare quando questi si proponga spontaneamente al deposito (« *se deposito offerre* ») (19), per ciò solo si « vincolerebbe », si « legherebbe », al « pericolo del deposito » (« *periculo depositi se illigare* »). Il rapporto di causa-effetto tra proposta e sopportazione del « pericolo », reso così plasticamente dal 'vincolo' materiale ai destini della cosa depositata (*inligare*), accentua proprio la prospettiva 'tipizzante' dell'aggravamento, e non quella della « convenzione tacita di assunzione del rischio » (20).

periculum, e d'altro lato alla validità sul patto di assunzione dell'*omne periculum* anche nel deposito, distingue tra il primo *periculum*, che comprenderebbe anche la *vis maior*, ed il secondo limitato dai « casi fortuiti »; *Custodia und Aktivlegitimation* cit., in ZSS.68 (1951) R.A., pp. 228-229.

(18) Vd. E. Sachers, *Die Verschuldenshaftung* cit., p. 95 n. 50.

(19) In questo senso la *communis opinio*: G. Segrè, *Sul deposito irregolare* cit., in BIDR.19 (1907), p. 215 n. 2 (continua da p. 213); R. de Ruggiero, *Depositum vel commodatum* cit., in BIDR.19 (1907), p. 67; G. Rotondi, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Studi* II, p. 118; E. Seckel, *Heumanns Handlexikon* cit., p. 117; B. Kübler, *Die Haftung für Verschulden* cit., in ZSS.39 (1918) R.A., p. 197; F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., p. 178 n. 1; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 116; E. Sachers, *Die Verschuldenshaftung* cit., p. 96; C. Longo, *Il deposito* cit., pp. 46-47; J. Rosenthal, *Custodia* cit., p. 228; D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.73 (1956) R.A., p. 89 n. 86; J. Burillo, *Las formulas de la actio depositi* cit., p. 288; E. Betti, *Istituzioni* cit. II,1, p. 124; A. Metro, *L'obbligazione di custodire* cit., p. 106; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 78 e n. 68; p. 80 e n. 81; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., p. 40; R. Martini, *Di un discusso riferimento alla culpa in tema di deposito*, in *Att. Sem. Probl. Contr.* I, p. 210; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., pp. 208-209. La diversa interpretazione del Klami (*Mutua magis videtur quam deposita* cit., pp. 149-151) che ritiene che il *se offerre* abbia qui il particolare significato di prendere in deposito « unilateralmente » la cosa, senza permesso del proprietario e senza che questi ne sappia nulla, non sembra fondata su argomenti decisivi. Non è decisivo, ad es. che l'espressione venga usata da Giuliano altre volte sempre per descrivere una intrapresa unilaterale del soggetto (vd. ad es. D.44,2,25,2 e D.46,3,34,4), in quanto un tale significato non contraddice di per sè la particolarità dell'ipotesi discussa, dove il « depositario » si propone al negozio, senza alcuna richiesta, e senza, forse, che il proprietario ne abbia manifestato anche solo casualmente l'esigenza. In questa prospettiva è l'impulso negoziale ad essere, per così dire, « unilaterale », e non l'apprensione materiale della cosa, che invece è conseguenza del consenso del proprietario. L'uso del *sed* poi è coerente con la diversità che intercorre tra le ipotesi di Ulpiano e quella di Giuliano. L'esistenza, infine, di una modalità d'uso non tecnica del *deponere* nel linguaggio latino non è di per sè sufficiente a modificare la presunzione legittima e valida fino ad espressa prova contraria, che nel commento all'editto pretorio sul deposito, sia Giuliano che Ulpiano utilizzino *deponere*, e *depositum*, nel loro significato tecnico-giuridico.

(20) Si è pensato, infatti, di spiegare la soluzione di Giuliano come espressione di un collegamento, seppure indiretto, con la « volontà » del depositario di assumere un *praestare* aggravato; R. de Ruggiero, *Depositum vel commodatum* cit., p. 67; ed ora F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 722; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., p. 44. In realtà, però, la proposta del depositario esprime solo la disponibilità spontanea, e non sollecitata, di tenere presso di sè in deposito la cosa altrui, e non quella invece di assumere rispetto alla sua restituzione un *praestare* più oneroso. Per il giurista, però, tale impulso negoziale è di per sè una ragione sufficiente per l'estensione automatica del suo contenuto. Potrebbe vedersi in questo una certa continuità con quella linea interpretativa inaugurata da Labeone, sebbene entro un sistema del *teneri* più complesso, attraverso la quale il giudizio sull'inadempimento viene condizionato solo indirettamente dall'*utilitas contrahentium*, che sarebbe riconosciuta non solo in base a valutazioni legate al tipo di contratto concluso, ma altresì attraverso gli indizi di natura 'obiettiva', come appunto il semplice impulso propositivo, che sottendono questo interesse (vd. *supra* V.6). Il Nörr, al contrario, non riconoscendo attendibilità alle testimonianze che citano Labeone, ritiene di poter individuare la prima applicazione dell'« Utilitätsgedanken » proprio in Giuliano; *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., pp. 88 sgg. e p. 96. Tutto ciò non deve, però, far pensare necessariamente ad un interesse economico della parte (il Sachers parla di « acquisizione indiretta di capitale »; *Die Verschuldenshaftung* cit., p. 96), in quanto il depositario potrebbe essere mosso anche solo da una motivazione di natura sociale (pura cortesia; migliorare i propri rapporti con il deponente; accattivarsi la sua amicizia); vd. a riguardo le giuste precisazioni di F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., p. 178 n. 1; ed ora R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., p. 46.

Il fatto poi che si parli di « *se periculo depositi illigare* » dimostra come il riconoscimento di un « pericolo » che si corre non fosse sufficiente, nella formulazione usata, a chiarire i criteri di riconoscimento dello *stare praes*, sì da richiedere una precisazione. In particolare, per Giuliano il vincolarsi al pericolo del deposito significa rispondere in caso di mancata restituzione della cosa, per il perimento doloso, colposo, e per il furto. Nella stessa prospettiva di chiarimento si situa altresì la delimitazione espressa di un tale riconoscimento ai « casi fortuiti ».

Ciò che a volte ha ingannato l'interprete moderno è stato l'aver voluto intendere a tutti i costi il concetto di « pericolo » come equivalente al concetto moderno di « rischio », il che inserisce nel procedimento logico di analisi della fonte un irrigidimento concettuale che gli è estraneo ed un imprestito.

2. *Il limite classico del* praestare *ed il principio dispositivo.*

Si è visto come l'attrazione del contratto di deposito nella sfera dei *iudicia bonae fidei*, passaggio già avvenuto nell'età adrianea, abbia posto tutta una serie di problemi collegati alla modificazione del normale contenuto del *praestare* del depositario. Si è visto ad es., come con Celso venga esclusa la validità del patto *ne dolus praestetur*, regola questa che verrà recepita come operante in tutti i *iudicia bonae fidei* (D.50,17,23). Una tendenza analoga sembrerebbe emergere nella prospettiva contraria, cioè quella dell'aggravamento del normale *praestare*, con l'effetto di portare la giurisprudenza a riflettere sul problema ed in particolare sulla validità anche di simili patti. Il fatto che possa anche soltanto porsi una tale discussione, prova già come la regola del « *casus a nullo praestantur* » avesse oramai acquisito nel sentire comune un generalizzato riconoscimento sostanziale, e che semmai poteva sorgere il problema di chiarire il grado della sua derogabilità da parte della autonomia privata.

Rispetto a questa problematica è significativo un altro passo ulpianeo dove si richiamano i *Digesta* di Giuliano (D.19,2,9,2), nei quali il giurista adrianeo riconosce validità al patto con cui il colono *praestat* al locatore del fondo le conseguenze della *vis*

maior (21). Ritengo che questa validità del patto sul *vim praestare*, se posta a confronto con il divieto del patto *ne dolus praestetur*, testimoniato da Celso, possa permettere alcune valutazioni d'insieme.

Ammettere, infatti, pur in omaggio al principio di autonomia dei contraenti immanente nei *iudicia bonae fidei*, l'esclusione di un *praestare* del debitore anche per l'inadempimento doloso, avrebbe di fatto portato al riconoscimento di una *obligatio* svuotata di una benché minima effettività del *vinculum iuris*. Si spiega quindi perché, sebbene nei negozi di buona fede quest'ultima imponesse di considerare automaticamente contenuto del contratto ciò che i contraenti stabilivano ricorrendo ai patti, la giurisprudenza sia intervenuta a fissare comunque un margine insuperabile, teso a salvaguardare l'essenza stessa dell'*oportere*.

Ma perché nell'ipotesi contraria (*omnem periculum/casum/vim praestare*) si giunge invece ad ammettere la validità della *lex contractus*?

A riguardo ritengo che una valida spiegazione sia proprio quella dell'ampliata capacità normativa della *fides bona*, che, seguendo una tendenza già presente in parte nell'ultimo secolo della Repubblica, è venuta ad assumere, accanto al significato originario di buona fede nel senso di assenza di mala fede, anche quello di buona fede come fondamento dell'*oportere*. Aggravando pattiziamente il normale *praestare*, da un lato non si incide sull'essenza stessa dell'obbligazione, e d'altro lato non si contraddice nemmeno la *fides bona* che fonda il rapporto obbligatorio.

Con Giuliano il sistema classico del *praestare* risulta compiuto nelle sue linee fondamentali; *dolus*, *culpa*, *custodia* sono i concetti intorno ai quali si muove questa problematica; i « casi

---

(21) D.19,2,9,2 Ulp. l.32 *ad ed.*: *Iulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.* Sul passo vd. TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., pp. 216 sgg.; e più di recente F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* cit., I, p. 462; II, p. 901; I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung* cit., in ANRW.II 14 (1982), p. 638; A. DOLL, *Von der vis maior zur höhere Gewalt* cit., p. 42.

fortuiti » raggruppano invece in un solo concetto tutte le ipotesi che la giurisprudenza aveva, in diversi secoli, isolato come accadimenti di cui i diversi contraenti non dovevano, nei tipici rapporti obbligatori, *stare praes*, salvo la contraria volontà espressa in un patto aggiunto al contratto.

Rispetto quindi al problema qui esaminato, Salvio Giuliano si pone perfettamente in linea con la tradizione muciano-sabiniana (22), 'allineamento' che non gli impedisce di sistemare e modificare, proprio dove la riflessione non era ancora riuscita ad esprimere una convincente categoria concettuale, idonea a riunire le numerose ipotesi esimenti il *praestare* del contraente, e, così facendo, di chiudere il quadro dogmatico all'interno del quale, e con diversi profili di 'dinamicità' semantica in base ai concetti usati, si esaurisce il problema dell'inadempimento (23). La soluzione dei « casi fortuiti » esprime il genio del giurista adrianeo, e pone un'altra fondamentale 'pietra' nella storia dogmatica, che tanta importanza ha avuto ed ha nella nostra tradizione giuridica.

3. *Considerazioni conclusive.*

Con Giuvenzio Celso e Salvio Giuliano si conclude una discussione iniziata nella giurisprudenza con il tentativo fatto da Servio Sulpicio Rufo, e seguito da alcuni suoi allievi (Alfeno Varo e Aufidio Namusa), di superare il modello muciano centrato essenzialmente sul dolo e sulla *culpa* (valutata anche in termini di mancato adeguamento del proprio comportamento al modello dell'uomo diligente). Questa discussione ha acquistato, nella prospettiva del *respondere* del singolo giurista, anche aspetti di particolare originalità, e attraverso i quali si viene a configurare una iniziale contrapposizione tra le due scuole di diritto di Roma, nel modo di concepire il problema del *praestare* nell'àmbito dell'*actione teneri* per l'inadempimento. Da una parte, seppure con alcune differenze, Servio, Labeone e Proculo, che esprimono una concezione molto più articolata rispetto al problema qui affrontato; d'altra parte Sabino, che riprendendo il modello muciano, viene a costruire la necessaria delimitazione dei contenuti del *praestare* alla *vis* su un parametro di 'ordine naturale delle cose', che costringerebbe a fermare il giudizio sull'inadempimento al limite degli avvenimenti estranei ed irresistibili alla sfera di controllo del debitore. Oltre questo limite si fuoriesce dal problema del *praestare oportere*, per entrare in quello del *dominium*, nella sfera del quale il giudizio di buona fede impone debba rientrare il danno dovuto ad una « forza irresistibile ed esterna ». La scelta del maestro sabiniano viene in ciò a rafforzare la concezione tradizionale (preserviana), con l'assunzione del *iudicium bonae fidei* a criterio normativo che impone di applicare una regola che può non coincidere con quella formalmente possibile in base ai criteri serviani, labeoniani e proculiani, ma che per la propria 'naturalità' va a questa sicuramente preferita.

La via aperta da Sabino si dimostra nell'età adrianea quella comunemente seguita. Sia Celso che Giuliano costruiscono il problema del contenuto del *praestare* esclusivamente intorno ai concetti di dolo, *culpa* (*diligentia*; *imperitia*) e *custodia*. Al di fuori di questi, che rappresentano i concetti di riferimento del problema, si pongono tutti quegli avvenimenti che, dai *veteres* in poi, avevano stimolato la riflessione giuridica sulla *vis* e sul *casus*. La sintesi giulianea, che pone come presupposto generale del *non praestare* la categoria dei « casi fortuiti », viene in poche parole a chiudere questo sviluppo offrendo un sistema dello *stare praes* necessariamente limitato, con la sola eccezione del principio dispositivo e della *culpa praecedens*.

(22) La discussione, che anche di recente si è avuta sul contributo del giurista adrianeo, accentua, seppure entro una gamma di presupposti culturali non sempre precisabili con certezza, un particolare senso del passato e della tradizione; vd. F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ANRW.II (1976), pp. 154-157; Id., *Giuristi adrianei* cit., pp. 39-43; V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano (1987), Giuffrè, pp. 1 sgg.; su cui peraltro con giudizi discordanti E. Bund, in *Labeo* 35 (1989), pp. 105 sgg.; P. Cerami, in *Labeo* 35 (1989), pp. 114 sgg.; A. Mantello, in *Iura* 38 (1987), pp. 240 sgg.; J.M. Rainer, in *Klio* 72 (1990), pp. 302 sgg.; Th. Honsell, in ZSS.106 (1989) R.A., pp. 750 sgg.; A. Carcaterra, in SDHI.54 (1988), pp. 440 sgg.; M. Talamanca, in BIDR.91 (1988), pp. 864 sgg.

(23) Sul profilo « dogmatico » del pensiero giuridico giulianeo vd. E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln Graz (1965), Böhlau, pp. 1 sgg.; Id., *Salvius Julianus, Leben und Werk*, in ANRW.II 15 (1976), pp. 444-446; M. Herberger, *Dogmatik* cit., pp. 112-114; V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza* cit., pp. 126 sgg.

È oramai maturato quello che si può chiamare il modello classico del *praestare* nel quale, con alcune piccole modificazioni, affonda le proprie radici la *regula iuris* inserita legittimamente dai compilatori nel titolo « *de diversis regulis iuris antiqui* » (D.50,17,23). Nell'approfondimento dei momenti del passaggio dalla 'dogmatica' dei giuristi adrianei, a quella che invece Ulpiano offre nei suoi libri di commento *ad Sabinum*, e che i giustinianei considerano una *regula iuris antiqui*, si accentua di solito il contributo di Marcello in materia di *custodiam praestare* (D.19,2,41; D.50,16,9) (24).

In particolare questo giurista avrebbe in parte modificato la prospettiva con cui si giustificava il rispondere di alcuni debitori in caso di furto anche in assenza di una loro colpa. Nel capitolo che segue, fatto salvo questo contributo, ben accentuato peraltro in dottrina, ritengo di dover segnalare la posizione di Gaio rispetto ad una riconsiderazione del problema, che si intreccia con la questione complessa delle diverse opere di questo giurista e dello scopo didattico che le percorre.

(24) Vd. sul contributo di questo giurista, ora C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III, § 14.

CAPITOLO X

LA RISISTEMAZIONE DEI CONTENUTI DEL *PRAESTARE* E L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO: GAIO

1. *Il problema 'Gaio' e la questione del* praestare.

Nel passaggio dalla concezione di Celso e Giuliano (*dolus, culpa, diligentia, custodia*) a quella espressa come *regula* in D.50,17,23 (*dolus, culpa, diligentia*), sembra avere un ruolo fondamentale Gaio, all'interno di uno sforzo di sintesi, dettato da esigenze didattiche, teso a fornire un quadro globale del problema.

Va detto che una delle questioni fondamentali, che si pongono rispetto a questo giurista, è quella dell'assenza nelle *Institutiones* di una trattazione del problema *praestare*. Gli unici richiami, peraltro esterni alle *sedes materiae*, vengono dai paragrafi dedicati al *furtum*, dove parlando della legittimazione attiva del *fullo*, del *sarcinator* e del comodatario, si parla di *custodiam praestare* (III, 205-206).

Su tale assenza la critica interpolazionistica ha costruito il suo sistema della 'responsabilità' classica, nel quale avrebbero avuto posto solo i concetti di dolo e *custodia* in senso oggettivo (1). La via seguita da questa parte della romanistica offre, però, una risposta semplicistica ed unilaterale al problema posto dalle *Institutiones* gaiane, venendo in base ad esse a sacrificare non solo la possibilità di ricostruire i termini di una discussione che, come abbiamo visto, coinvolge la giurisprudenza romana dalla tarda repubblica all'età adrianea, ma altresì tutta una serie di altre testimonianze gaiane tratte da altre opere e nelle quali è evidente una grande attenzione al problema qui trattato. Tale in-

(1) Cfr. *supra* Introduzione. 2, pp. 29 sgg.

coerenza, già notata in dottrina confrontando la 'geminazione' ricorrente rispetto a questioni di *praestare oportere* tra il commento all'*edictum provinciale*, le *res cottidianae* e le *Institutiones* giustinianee (ad es. rispetto al *praestare* del comodatario D.13,6,18 pr. = D.44,7,1,4 = J.3,14,2; a quello del venditore D.18,1,35,4 = D.18,6,2,1 = J.3,23,3a; e probabilmente anche a quello del socio: ⟨?⟩ = D.17,2,72 = J.3,25,9; e del conduttore D.19,2,25,3-8 = ⟨?⟩ = J.3,24,5) ha portato ad ipotizzare, superando la posizione della critica interpolazionistica, una lacuna nel Gaio veronese, lacuna frutto di una soppressione di un trascrittore postclassico (2).

Una tale ipotesi, che reagisce alla soppressione sistematica dei richiami alla *culpa* e alla *diligentia* negli altri passi di Gaio, i quali come tali ben si inseriscono, invece, nel quadro storico fino ad ora ricostruito, potrebbe però non essere di per sè necessaria, potendosi pensare, oltre che ad un'assenza condizionata dalla frammentarietà dei contratti presi in esame (3), anche ad una differenza tra le finalità delle diverse opere di Gaio, che nelle *Institutiones* avrebbe condizionato la scelta consapevole di rimandare la discussione del problema a trattazioni meno elementari (4). Rispetto al *praestare* contrattuale po-

(2) F.M. de Robertis, *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, in *St. Biondi* I (1965), pp. 375 sgg. in particolare vd. le conclusioni pp. 392-394.

(3) Si pensi alla limitazione delle *obligationes re contractae* al solo mutuo a differenza della più ampia trattazione delle *Res cottidianae*; sulle ragioni di questa si tende ora, superando l'ipotesi di un taglio di uno scriba (vd. in questo senso ad es. C.A. Maschi, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 246 sgg.), ad accentuare i profili strettamente didattici, che avrebbero portato Gaio a non affrontare nel corso istituzionale la complessa questione del *genus* delle obbligazioni *re contractae*, che l'avrebbe portato a sostenere « l'onere, non lieve in una didattica elementare, di aprire un difficile discorso per chiarire le ragioni di presenze così eterogenee in una stessa categoria », preferendo invece « ricordare la più significativa del gruppo, lasciando aperta la serie alle altre »; R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli (1979), Jovene, pp. 69-80 (le parole citate sono a p. 78); nello stesso senso vd. anche H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufgabe und Stil von Gai Institutiones*, Leiden (1981), Brill, pp. 229 sgg.; pp. 318 sgg.

(4) Sul rapporto tra le *Institutiones* e le *Res cottidianae*, superando la precedente *communis opinio* che vedeva nelle seconde un'opera postclassica, sebbene con diverse sfumature rispetto al rapporto di derivazione dal pensiero gaiano (su cui vd. ad es. V. Arangio-Ruiz, *D.44,7,25,1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mél.Cornil* (1926), pp. 92 sgg. [= *Scritti* II, pp. 141 sgg.]; Id., *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, in *St. Bonfante* I (1930), pp. 495 sgg. [= *Scritti* II, pp. 219 sgg.]; S. Di Marzo, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, in BIDR.51-52 (1947), pp. 1 sgg.; F. Schulz, *Geschichte* cit., pp. 201 sgg.; H.J. Wolff, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *St. Arangio-Ruiz* IV (1952), pp. 171 sgg.; M. Fuhrmann, *Zur Entstehung des Veroneser Gaiustextes*, in ZSS.73 (1956) R.A., pp. 341 sgg.; W. Flume, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in ZSS.79 (1962) R.A., pp. 1 sgg.; F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* cit., pp. 187-188; Id., Rc. a Nelson, in ZSS.100 (1983) R.A., pp. 636 sgg.; Id., *Römische Rechtsgeschichte* cit., I p. 132 n. 104), si è ora convincentemente affermata la paternità gaiana di entrambe le opere; M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien (1972), Böhlau, p. 46; ed in particolare H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones* cit., pp. 294 sgg. Questo A., nella sua approfondita disamina dello stile e del linguaggio gaiano, conclude riconoscendo una diversa finalità didattica tra le due opere, diversità che condizionerebbe le presunte contraddizioni di solito evidenziate. Mentre nelle *Res cottidianae* prevarrebbe « das für die Praxis dienliche Material », nelle *Institutiones* sarebbero preponderanti « die rechtsgeschichtlichen und die theoretischen Ausführungen » (p. 333). Considerazioni simili in R. Quadrato, *Le Institutiones* cit., pp. 78-80. Per la paternità gaiana delle *Res cottidianae* si erano già schierati, sebbene non sempre con argomenti convincenti, o comunque tali da modificare la *communis opinio*, G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3] cit., pp. 12 sgg.; A.M. Honoré, *Gaius*, Oxford (1962), Clarendon, pp. 97 sgg.; pp. 113-116; W. Wolodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris* cit., in RISG.14 (1970), pp. 77 sgg. (su cui vd. le precisazioni di F. Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle 'obligationes ex variis causarum figuris'*, in BIDR.76 (1973), pp. 171 sgg.); e sebbene successivo al lavoro del Nelson O. Stanojevic, *Gaius noster*, Amsterdam (1989), Gieben, pp. 84 sgg. Opportunamente il Diosdi in un suo contributo del 1976 aveva concluso la sua sintesi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, con un augurio: « Eine genaue Analyse der erhalten gebliebenen Fragmente und ein Vergleich der Parallelstellen wären allenfalls erforderlich, um die Frage beantworten zu können »; *Gaius, der Rechtsgelehrte*, in ANRW.II 15 (1976), p. 613. A riguardo si può sicuramente convenire con il Liebs, che uno dei più significativi risultati dell'opera del Nelson è proprio aver chiarito i termini della questione; Rc. in *Gnomon* 55 (1983), p. 117.

tremmo plausibilmente ipotizzare, sulla base dei dati emersi nell'esame precedente, che la riflessione sulle regole, accumulate dalla giurisprudenza per ogni singolo contratto, non permetteva ancora una formulazione di sintesi idonea ad essere accolta nell'opera istituzionale.

Ciò non significa, come vedremo, che il giurista non abbia cercato di offrire, in una prospettiva eminentemente indirizzata all'insegnamento, un 'sistema' concettualmente costruito e coe-

rente del *praestare* all'interno dei rapporti obbligatori a cui i tipici contratti danno vita, ma soltanto che lo stato della riflessione, fissatosi con Celso e Giuliano, se da un lato aveva determinato la chiusura dei termini-concetti intorno ai quali si poneva il problema dello *stare praes*, d'altro lato ne impediva ancora una sintesi 'elementare', simile per intenderci a quella che invece viene compiuta da Ulpiano nei suoi libri *ad Sabinum* (D.50,17,23).

2. *Il problema del significato del* custodiam praestare *in Gaio*.

A. *Le* Institutiones *e il commento* ad edictum provinciale.

Nei precedenti capitoli si è visto come, almeno fino a Celso e Giuliano, la formulazione *custodiam praestare* avesse essenzialmente il significato di riconoscimento di uno « star garante » (*stare praes*) del contraente rispetto all'eventualità del furto, a prescindere da una sua colpa.

In Gaio, rileggendo insieme le testimonianze che attengono a questa problematica, sembra scorgersi da un lato un proseguimento della linea tradizionale, e d'altro lato un tentativo di riconsiderare sotto un angolo di visuale in parte diverso il problema, il che impone di riprendere una lettura dei frammenti più significativi.

La questione si intreccia, come vedremo, con la complessa problematica del rapporto tra le diverse opere gaiane, ed in particolare tra le *Institutiones* ed il commento all'Editto provinciale. Da questo punto di vista, salvo i discussi problemi di cronologia (5), tutte e due le opere sembrano unite da un'omogenea tensione verso la sintesi, che, seppure con differenti gradi

(5) HONORÉ (*Gaius* cit., pp. 46 sgg.) ricostruisce la progressione storica della pubblicazione di questi lavori in questo modo: *Inst.* (135-140 d.C. « first draft »; 152 « main revision ») → *Ad ed. prov.* (155-160 d.C.). D'accordo sulla posteriorità dell'*ad ed. prov.* rispetto alle *Inst.* anche B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio ad edictum praetoris urbani*, Milano (1975), Giuffrè, pp. 24 sgg.; su cui però le riserve di R. MARTINI, Rc., in *Iura* 26 (1975), pp. 203-209.

di complessità, potrebbe essere legata all'attività didattica del giurista (6).

Poste queste premesse val la pena rileggere alcune testimonianze relative al *custodiam praestare*.

B. *Il* custodiam praestare *nelle* Institutiones.

Gai. III,205-206-207

Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio conpetit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.

Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.

Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo ‹malo› fecerit. Qua de ‹causa si› res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed ea actio domino conpetit.

Nel corso istituzionale Gaio ricorda, trattando delle questioni di legittimazione attiva all'*actio furti*, come sia il fullone, che il

(6) Così M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo*, p. 45; F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Labeo* 12 (1966). pp 7 sgg. [= in *Gaio nel suo tempo*, pp. 5 sgg.; = *Giuristi adrianei* cit., pp. 153 sgg.]. Il DIOSDI, pur riconoscendo la « plausibilità » di una tale ipotesi, avanza qualche riserva; *Gaius als Rechtsgelehrte* cit., in ANRW.II 15 (1976), pp. 609-611. Sul problema vd. pure le precisazioni di G. PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti convegno torinese 1978 in onore di S. Romano), pp. 10-14. Cfr. ora H.T. KLAMI, *Gaius, der unsterbliche Lehrmeister? Personengeschichtliches und Rechtstheoretisches über die Entwicklung der juristischen Methode in Rom*, in *Oikenstiede-Jurisprudentia* 18 (1985), pp. 55 sgg.

rammendatore, a cui sono state locate le vesti, possano agire con l'azione delittuale, in base alla spettanza a loro dell'interesse alla salvezza della cosa. Quest'ultimo interesse è condizionato, in ogni caso, dalla capacità patrimoniale del conduttore di soddisfare la pretesa del *dominus*. Tale principio, applicabile anche al comodatario, si fonderebbe sulla valutazione dell''utilità' contrattuale. Questa si riconoscerebbe nel vantaggio che sia il fullone e il rammendatore, sia il comodatario traggono dalla conclusione del negozio: i primi percepiscono la mercede, il secondo il *commodum utendi* (7). Seppure incidentalmente, si rende esplicito lo sforzo di chiarire la ragione dello spostamento dell'interesse alla salvezza della cosa dal *dominus* al comodatario, al rammendatore ed al fullone, in base, appunto, al richiamo ad un particolare *praestare* di questi soggetti.

In tale contesto, Gaio introduce un ulteriore chiarimento rispetto al diverso regime del deposito, evidenziando la preoccupazione, legittima dal punto di vista dell'opera giuridica elementare, di chiarire che il *custodiam praestare* non è caratteristico dell'obbligo di custodire in sè e per sè, ma discende dal tipico assetto d'interessi che il negozio pone in essere. Così, se potrebbe sembrare normale ritenere il depositario, presso cui lasciamo la nostra cosa, obbligato a *custodiam praestare*, in realtà proprio il particolare significato giuridico che esso ha, e la particolare *ratio* del suo riconoscimento, conduce alla soluzione

(7) Su questi paragrafi delle *Institutiones* vd. ad es. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., pp. 64-66; F. Wieacker, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts* cit., in ZSS.54 (1934) R.A., pp. 61-62; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., p. 31 e pp. 38-39; J. Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation* cit., in ZSS.68 (1951) R.A., pp. 248-249; F.M. de Robertis, *La legittimazione attiva nell'azione di furto* cit., pp. 66 sgg.; F. Pastori, *Il commodato* cit., pp. 185 sgg.; Id., *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo* 2 (1956), in particolare pp. 313 sgg.; D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., in ZSS.76 (1956) R.A., pp. 75 sgg.; J. Michel, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles (1962), pp. 32 sg.; G. MacCormack, *Custodia and culpa* cit., in ZSS.89 (1972) R.A., pp. 160 sgg. e p. 168. Di recente si è tentato di reinterpretare i paragrafi delle *Institutiones* come non contrastanti con una valutazione della *custodia* in termini di *diligentia*; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 265 sgg.; ma vd. a riguardo le giuste riserve di A. Metro, Rc. in *Iura* (1987), pp. 311 sgg.; e ora C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 9.

opposta (8). Il richiamo al differente regime valevole in caso di deposito conferma questa lettura, evidenziando proprio la necessità, maggiormente sentita in un corso d'insegnamento elementare, di chiarire il rapporto semantico tra la *custodia* come tale ed il significato particolare che assume la parola nella formulazione tecnica *custodiam praestare*.

C. *Il* custodiam praestare *nell'*ad edictum provinciale.

Gai.1.5 *ad ed.prov.* (D.19,2,40; D.4,9,5 pr.-1)

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere (F.)/ recipere (M.-K.) videatur.

Nel V libro del commento all'Editto provinciale, Gaio afferma che chi percepisca una mercede per la « custodia » di una cosa altrui risponde del « *periculum custodiae* ». Tale affermazione di principio, nella quale è evidente il comune problema di fondo con la prospettiva delle Istituzioni, quello dello 'scollamento' semantico tra il custodire ed i limitati effetti giuridici della formulazione *custodiam praestare*, resi qui espliciti dall'uso di *periculum custodiae*, verrebbe a puntualizzare il criterio più elastico dell'utilità negoziale, con il richiamo alla corrispettività tra vantaggio pecuniario e attività specifica (*pro custodia*) che ci si impegna a svolgere con il particolare contratto.

(8) Vd. esattamente A. Metro, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 146 sgg.; ed ora C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 9.

Solitamente si interpreta questa regola come in contraddizione con quanto detto nelle Istituzioni, e come tale prova della non genuinità della testimonianza di D.19,2,40/ D.4,9,5 pr.-1 (9). Da un punto di vista logico, però, proprio la coincidenza e la continuità della trattazione, evidente tra i due passi del Digesto (10) inseriti dai compilatori in due diversi titoli, sembrerebbe deporre per un intervento non sul contenuto del fr. gaiano, quanto sulla scelta di inserire alcune sue parti in un titolo piuttosto che in un altro (11).

La prospettiva, poi, da cui muove l'affermazione di principio fatta da Gaio in D.19,2,40, è diversa, in quanto vuole evidenziare una regola collegata all'assunzione verso mercede di una particolare prestazione, quella appunto di custodire la cosa altrui. È rispetto a questo specifico contratto che si risponde del *periculum custodiae*. Gaio dice, in sostanza, che chi abbia ricevuto specificamente una mercede *pro custodia alicuius rei*, assume per ciò solo il 'pericolo della custodia', cioè il pericolo del furto. Il problema non è, allora, quello di capire perché Gaio abbia modificato in parte la spiegazione istituzionale del *custodiam praestare*, dove esso compare come 'uno' dei « coefficienti che entrano in gioco nella determinazione della mercede » (*mercedem capiendo custodiam praestant*), per preferire una regola più rigida, che sancisce la stretta correlazione tra la mercede e la *custodia* (12), proprio perché le due regole si riferiscono a profili diversi del problema. Nelle *Institutiones* si esplicita la *ratio* del *custodiam praestare* del *fullo*, del *sarcinator* e del comodatario, figure di debitori che rappresentavano, a riguardo, i modelli storicamente più risalenti; nel commentario all'editto provinciale, invece, si affronta il problema del particolare contratto con cui una parte riceve la mercede *pro custodia*, il che per Gaio significa anche garantire il *periculum custodiae*.

Ciò sarebbe confermato proprio dal collegamento palingenetico con D.4,9,5 pr.-1, dove il giurista chiarisce la specificità della regola appena enunciata, menzionando le ipotesi tradizionali nelle quali il conduttore risponde di *custodia*, sebbene non riceva la mercede *pro custodia* (*nauta, stabularius, fullo, sarcinator*).

La precisazione che segue (D.4,9,5,1), poi, conferma come per Gaio il significato della formulazione *custodiam praestare* non fosse scisso dal richiamo all'attività omonima, e che ciò venisse a produrre conseguenze sullo stesso significato giuridico che ad essa andava riconosciuto. Egli, infatti, e dal suo punto di vista a ragione, ritiene che tutto quanto già detto andrebbe inteso non solo in relazione al furto, ma anche al danno (vd. a riguardo la argomentazione simile della critica di Marcello a Giuliano D.19,2,41 e D.50,16,19). Una tale asserzione dovrebbe infatti essere indubitabile, e ciò in particolare per il contraente che si sia obbligato con il *receptum* al *salvum fore* (13). Il giurista non

(9) Vd. ad es. F.M. de Robertis, *Receptum nautarum* cit., in *Ann. Bari* 12 (1953), p. 36-38 n. 6; pp. 94 sgg.; R. Feenstra, *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle*, in *Mél. Lévy-Bruhl* (1959), pp. 105 sgg; in particolare p. 114 e n. 10.

(10) Vd. esattamente O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., I, col.198 n. 119.

(11) La ragione dello spostamento della parte iniziale del fr. gaiano dalla sua originaria *sedes materiae* (commento all'editto *de receptis*), potrebbe spiegarsi alla luce della concezione che i giustinianei fanno propria del *receptum* come fonte di *omnimodo teneri*, salvo la *vis* (Ulp. D.4,9,3,1) e della *custodia* come *diligentia in custodiendo*; vd. F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 1009; d'altro canto la posizione che la L.40 assume nel titolo 19,2 rispetto alla problematica della *custodia* è a questo riguardo paradigmatica.

(12) Vd. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 104-105 n. 1. Alcuni autori hanno pensato ad una rettifica dell'affermazione delle *Institutiones*, rettifica che sarebbe coerente alla concezione « dominante nei giuristi classici »; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 203-204; vd. altresì p. 160-161 n. 1; lo segue, modificando una sua precedente interpretazione, S. Solazzi, *La responsabilità del comodatario nelle Istituzioni di Gaio*, in *Iura* 6 (1955), pp. 142-143; F. Pastori, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo* 2 (1956), p. 317; il Santalucia accentua, invece, l'ipotesi di una necessaria evoluzione nel pensiero di Gaio; *L'opera di Gaio ad edictum praetoris urbani* cit., pp. 36-39.

(13) Proprio l'*omnimodo teneri* salvo la *vis*, conseguente al *receptum*, condiziona forse l'interpretazione estensiva del *custodiam praestare* del *nauta*, dello *stabularius* e del *caupo*; vd. sul rapporto tra il *teneri ex recepto* ed il *custodiam praestare* nel passo in questione C.A. Cannata, *Ricerche* cit., pp. 72-73 e pp. 108 sgg.; J.C. van Oven, *Actio de recepto et actio locati*, T.24 (1956), pp. 151 sgg.; vd. altresì F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., II, p. 1009; R. Robaye, *L'obligation de garde* cit., pp. 91-95. Sui problemi interpretativi legati alla diversa tradizione *recipere/ recedere* vd. con soluzioni opposte F.M. de Robertis, *Receptum* cit., pp. 92 sg.; R. Feenstra, *Deux textes de gaius* cit., in *Mél. Levy Bruhl*, p. 115 e n. 6.

sembra accorgersi dei problemi che questa estensione comporta: essa è propria, come sembra dal tenore dell'argomento gaiano, solo del *nauta*, dello *stabularius* e del *caupo* o va intesa anche rispetto al *sarcinator* ed al *fullo*?

Quest'ultima precisazione, in ogni caso, ci permette di cogliere il filo logico che collega le *Institutiones* al commentario *ad edictum provinciale*: in tutte e due le opere, infatti, oltre alla sostanziale coerenza gaiana con la nozione classica del *custodiam praestare* (nel senso di 'star garante' per il furto della cosa locata e comodata), e alla sua *ratio* (quella dell'*utilitas contrahentium*), emerge lo sforzo di chiarire il rapporto tra questo particolare contenuto del *praestare* e l'attività di sorveglianza che il sostantivo richiama. Questo sforzo, evidente sia nella precisazione sull'assenza del *custodiam praestare* del depositario (*Gai.* III, 207), sia nell'estensione di questo *praestare* al danno prodotto da terzi per colui che *salvum fore recipit* (D.4,9,5,1), esprime la comune esigenza di giustificare la *ratio* di tale *praestare* in base all'attività di « custodire », esigenza attestata in negativo dallo stesso Giuliano (« *qua enim cura aut diligentia (sc.custodia) consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?* » D.13,6,19 = 19,2,41), ma determinante in Marcello (« *interdum... custodiri potuit, ne damnum daretur* » D.19,2,41) per estendere le ipotesi coperte dal *custodiam praestare*. Da questo punto di vista è esatto affermare che il problema, come tale, è un problema della giurisprudenza del II-III sec. d.C., nella quale appunto si cerca di chiarire la derivazione semantica del *custodiam praestare* dalla *custodia* (14).

Accentuando, infatti, il valore semantico del sostantivo sul verbo, accentuazione condizionata dalla perdita di valore di una espressione che affondava le sue radici nella giurisprudenza del II-I sec. a.C., viene a reinterpretarsi la formulazione attraverso il

Certamente la costruzione dell'« *a* » più ablativo confermerebbe più la seconda che la prima lezione, dovendosi quindi pensare ad un significato di *recedo* nel senso di « tener lontano »; vd. ad es. *OLD.*, p. 1579 § 9.

(14) A riguardo fondamentali, pur nelle diverse prospettive, C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., pp. 61 sgg.; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. I § 3; cap. II § 9; A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit., pp. 108 sgg.

naturale significato dell'oggetto del *praestare*. Ciò non significa, però, almeno all'età di Gaio, la perdita della particolarità propria del *custodiam praestare*, quella appunto di garantire sempre e comunque l'altro contraente dall'eventualità del furto.

Non contrasta con questa conclusione un'altra testimonianza, tratta dalla stessa opera gaiana, in relazione al *praestare* del venditore in caso di furto della cosa.

Gai.l.10 *ad ed. prov.* (D.18,1,35,4)
Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori...

Gaio qui segue un diverso ragionamento: prima bisogna vedere cosa le parti abbiano pattuito rispetto alla *custodia*; se nulla risulta a riguardo, allora si deve richiedere dal venditore una tale « custodia », quale il « buon padre di famiglia » applica alle proprie cose. Se egli riesca a provare di averla applicata, sarà al sicuro, così da dover cedere al compratore le azioni di rivendica e di ripetizione.

La diversa concezione che caratterizza questo passo, rispetto alle *Institutiones* e ai passi estratti dal V libro dello stesso commentario all'editto provinciale, impone di affrontare la questione della sua genuinità come problema pregiudiziale (15). Partiamo dalla regola gaiana formulata in D.19,2,40: anche rispetto al venditore manca una prestazione accessoria di custodire la cosa venduta, corrispettiva di una prestazione in denaro (Gaio direb-

(15) Per un tale argomento di recente M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* (1987), I, p. 115 e pp. 117-118; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), p. 448 e n. 1507. Considerano interpolato il passo in base al contrasto tra i due significati del *custodiam praestare* ad es. W. KUNKEL, *Diligentia* cit., p. 303; J. VÁŽNÝ, *Custodia*, in AUPA.12 (1929), pp. 141 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., p. 75 n. 1 (segue da p. 74) e p. 160.

be, forse, che il venditore « *non pro custodia sed pro re pretium accipit* »).

Nemmeno la *ratio* dell'utilità negoziale, richiamata dal Gaio delle Istituzioni (III,206), sarebbe adeguata a motivare un *custodiam praestare* del venditore per il furto della cosa (16). Queste considerazioni sono perfettamente coerenti al fatto che un tale *praestare* nella compravendita possa derivare soltanto da un esplicito accordo delle parti. Per qualche autore, ciò dimostrerebbe la natura pattizia del *custodiam praestare* nella vendita (17). In realtà, però, una tale generalizzazione della prospettiva gaiana potrebbe non tenere conto delle fonti che riconoscono un *custodiam praestare* del venditore in caso di furto, senza che a riguardo risulti la conclusione di un patto tra le parti (vd. ad es. Celso e Giuliano in D.47,2,14 pr.-1). Più convincente, mi sembra, è ipotizzare una discussione che abbia coinvolto la giurisprudenza da Sabino in poi, nella quale c'era chi, accentuando l'analogia tra l'obbligazione di *rem restituere* del comodatario e del conduttore con quella di *possessionem tradere* del venditore (18), riteneva che quest'ultimo rispondesse in ogni caso del furto della cosa venduta e non ancora consegnata, mentre altri pensavano che questo aggravamento del suo normale *culpam praestare* potesse collegarsi soltanto ad uno specifico patto. Gaio avrebbe seguito questa seconda linea interpretativa (19). Di qui, anche, il richiamo al normale criterio del 'buon padre di famiglia', necessario per capire quale fosse, in assenza di una diversa volontà delle parti, lo sforzo di sorveglianza richiesto al venditore, il che è coerente con la regola del suo *culpam praestare*. Il venditore che, avendo custodito come il 'buon padre di famiglia', ha subìto ugualmente il furto non risponde dell'accaduto.

(16) Al contrario, si è pensato di individuare l'interesse del venditore alla salvezza della cosa nel prezzo non ancora pagato; H. Benöhr, *Das sog. Synallagma* cit., pp. 27 sgg.; M. Harder, *Commodum eius esse debet* cit., in *Festschr. Kaser (70.G.)* (1976), pp. 356-357. Però va notato che, sia il parere di Alfeno (D.18,6,15,1; vd. *supra* pp. 299 sgg.), sia l'applicazione della regola del *periculum emptoris*, sembrano fondare in modo diverso le ragioni del riconoscimento di un *custodiam praestare* del venditore; vd. ora M. Talamanca, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), pp. 448 sg. che accentua l'analogia tra l'obbligazione di *rem tradere* del venditore e quella di *rem restituere* del comodatario e del conduttore.

(17) E. Betti, *Periculum* cit., p. 140; Id., *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 160-161; così ora M. Talamanca, *Vendita* cit., in ED.XLVI (1993), pp. 448-449.

(18) Vd. per un simile argomento, seppure non rispetto a Gaio, lo stesso M. Talamanca, *Vendita* cit., p. 448.

(19) Per il Kaser, Gaio avrebbe seguito qui una « Sondermeinung »; *Das römische Privatrecht* [2] cit., I, p. 508 n. 39.

Ciò viene confermato dal fatto che, nello stesso libro dell'*ad ed. prov.*, Gaio non condiziona la cessione della *rei vindicatio* e della *condictio* da parte del *locator* al fullone e al rammendatore — che devono invece *custodiam praestare* anche in assenza di un particolare patto — alla prova della sorveglianza del 'buon padre di famiglia' come per il venditore, ma al contrario la collega di per sè al *perire* della cosa (D.19,2,25,8). Nelle *Res cottidianae* la tendenza riscontrata rispetto alla vendita si conferma ulteriormente, venendo valutata la *custodia* dovuta dal venditore fino alla consegna essenzialmente come *diligentia in custodiendo* (D.18,6,2,1) (20).

D. *Considerazioni conclusive.*

La contraddizione che, come abbiamo detto, alcuni autori hanno pensato di individuare rispetto al significato del *custodiam praestare* tra le *Institutiones* e i commentari *ad edictum provinciale* di Gaio non sembra decisiva, ed anzi sono emersi tra le due serie di testimonianze dei collegamenti e delle assonanze che riflettono una concezione unitaria, che considera il *custodiam praestare* come uno 'star garante' di alcuni debitori, sempre e comunque in caso di furto e talvolta anche di danneggiamento di terzi.

Tutto questo viene a porre come essenziale la verifica di un fr. gaiano tratto dallo stesso *ad ed. prov.*, dove, ridisegnando il

(20) *Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plena, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum*. In questo caso, proprio la linea di continuità sostanziale tra il commento all'editto provinciale e le *Res cottidianae* conferma la paternità gaiana anche di quest'ultimo passo; vd. ora rispetto a questo problema H.L. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutionen* cit., pp. 194 sgg.

quadro generale del *praestare* del comodatario, non si menziona il *custodiam praestare*.

3. *Il normale contenuto del* praestare *in Gaio: la centralità della* culpa *e il particolare significato della* diligentia *del* diligentissimus pater familias.

Fondamentale per comprendere nella sua globalità la concezione gaiana del *praestare* si dimostra un passo tratto dal suo commentario all'editto provinciale in materia di comodato:

Gai.l.9 *ad ed. prov.* (D.13,6,18 pr.)
In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Rispetto alle cose prese in comodato bisogna *praestare* la stessa « diligenza » che un « qualunque diligentissimo padre di famiglia » adibisce alle proprie cose. Tale affermazione generale, di per sè non chiara sul piano degli effetti che scaturirebbero da una simile diligenza, trova subito una precisazione di natura ne-

gativa, rispetto ai limiti del *praestare*. In ogni caso, infatti, il comodatario non sarebbe tenuto per i « casi irresistibili », quali la morte del servo avvenuta senza un suo dolo o una sua colpa, le incursioni dei briganti e dei nemici, le insidie dei pirati, il naufragio, l'incendio e le fughe dei servi che non si è soliti custodire.

Questa regola, che sembra esaurire il normale contenuto del *praestare* del comodatario, subisce due eccezioni: una legata al limite dei « casi irresistibili »; l'altra alla regola del *culpam praestare*.

Nel primo senso Gaio evidenzia come talvolta il *praestare* del comodatario possa riconoscersi anche nell'eventualità di un « caso irresistibile ». In particolare, l'incursione dei briganti, le insidie dei pirati ed il naufragio, eventualità tipiche che possono accadere durante un viaggio, sebbene rientrino nella categoria dei « casi irresistibili », non libereranno il comodatario, quando egli, avendo avuto in prestito la posateria d'argento solo per allestire una cena con gli amici, decida unilateralmente di portarla con sè. Nel secondo senso (eccezione al normale *culpam praestare*), invece, Gaio giustifica la 'regola generale' in base alla normale funzione del contratto di comodato, dove l'interesse al comodato è essenzialmente dell'accipiente (21). Quando, allora, fosse rinvenibile un reciproco interesse alla conclusione del contratto, come quando, volendo invitare a cena i comuni amici, io fornisco a te la posateria d'argento e tu allestisci il tutto, alcuni giuristi avrebbero scritto che il comodatario dovesse *stare praes* del « *quasi dolum tantum* », il che va inteso non come una esclusione della colpa, ma come una sua mitigazione.

Per la critica interpolazionistica il richiamo alla *diligentia* sarebbe di per sè non affidabile in quanto contrasterebbe con quanto dice lo stesso Gaio nelle *Institutiones* (III,206-207) rispetto al *praestare* del comodatario (22).

---

(21) Ciò a conferma della centralità che l'« Utilitätsgedanken » aveva oramai acquisito; vd. rispetto a questo passo D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens* cit., p. 76 n. 33; J. Michel, *Gratuité en droit romain* cit., pp. 329 sgg.

(22) Vd. in questo senso ad es. E. Seckel, *Heumanns Handlexikon* cit., p. 148; B. Kübler, *Das Utilitätsprinzip* cit., in *Festg. Gierke* (1910), p. 24; W. Kunkel, *Diligentia* cit., pp. 203 sgg.; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale* [2]

Si deve però tenere in conto che proprio il commento *ad ed. prov.* è opera la cui paternità gaiana non è messa in discussione, e che, anzi, può ben considerarsi, in base ai frammenti che ci sono pervenuti attraverso la compilazione giustinianea, l'« *Hauptwerk* » di questo giurista (23). Bisogna allora impostare l'analisi del problema in modo diverso. Si deve, cioè, chiarire se qui l'assenza di un *custodiam praestare* del comodatario, altre volte richiamato esplicitamente dallo stesso Gaio, sia dovuta ad un intervento esterno dei compilatori, oppure se essa sia dovuta ad un particolare significato del criterio generale indicato dal giurista.

Da un punto di vista puramente logico, l'esordio del frammento è indice della volontà di trattare sistematicamente di un problema e non di prenderne in esame un aspetto particolare (appunto quello del furto), sì da svalutare una necessaria contraddizione con il riconoscimento del *custodiam praestare* del comodatario ricordato nelle Istituzioni (*Gai.*III,205) (24). Proprio la diversa prospettiva potrebbe legittimare il richiamo alla *diligentia*, la quale, a differenza del *custodiam praestare*, è idonea a fornire il criterio generale per giudicare quando il comodatario debba *stare praes* (25). D'altronde, le stesse *Institutiones* di Giustiniano, che richiamano il *diligentissimus pater familias* rispetto al *praestare* del conduttore, in relazione al comodatario parlano di *exacta diligentia* (J.III,14,2). Il problema che si pone, allora, è quello di capire se dietro alla fissazione di una regola come quella qui ricordata, il comodatario rispondesse comunque del furto della cosa comodata oppure no, con una logica sostanzialmente identica al *custodiam praestare*, sebbene rivestita di una formulazione

cit., pp. 62 sgg. e p. 73 n. 1; J. PARIS, *La responsabilité de la custodia* cit., pp. 118 sgg. e pp. 134-135; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* cit., pp. 117 sgg.; tali argomenti sono seguiti anche da M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., in SDHI.20 (1954), p. 137 e pp. 223-224; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento* cit., pp. 76-77; e p. 118; ID., *Istituzioni di diritto romano* cit., II, 1, pp. 401-404; F. PASTORI, *Il commodato* cit., pp. 209-210; pp. 257 sgg.

(23) Così G. DIOSDI, *Gaius, der Rechtsgelehrte* cit., in ANRW.II 15 (1976), p. 614 e p. 616.

(24) Vd. esattamente C.A. CANNATA, *Ricerche* cit., I p. 115; ID., *Sul problema della responsabilità* cit., cap. II § 6; § 9.

(25) C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale* cit., p. 117.

diversa. Ritengo, infatti, che la diligenza del *diligentissimus pater familias* non escluda l'eventualità del furto *sine culpa* della cosa comodata, come appare evidente dall'assenza di questa ipotesi dall'elenco dei *casus quibus resisti non potest*, nei quali rientra, invece, la morte dei servi verificatasi senza colpa del comodatario. Si tratterebbe, cioè, di una formulazione unitaria del contenuto del *praestare* di quest'ultimo, tesa ad esprimere con un unico concetto sia il normale *culpam praestare*, sia il *custodiam praestare* in caso di furto.

A riguardo, per molti autori proprio il particolare criterio-modello richiamato da Gaio sarebbe contraddittorio, in quanto richiamando un *diligentissimus pater familias* si pone un criterio astratto. Il secondo criterio, quello della *diligentia quam suis rebus adhibita*, sarebbe perciò a rigore di logica inutile (26). Il superlativo, poi, non sarebbe giustificato (27), ed anzi, richiamando alla mente la *diligentia exactissima*, farebbe pensare proprio alle concezioni postclassiche e giustinianee (28).

Vediamo però cosa dice Gaio: il giurista, coerentemente alla esigenza di fornire un quadro generale del problema del *praestare* del comodatario, indica, come criterio, quello della « diligenza nelle proprie cose del diligentissimo padre di famiglia ». Siamo di fronte ad un criterio generale ed astratto, il quale non è che una variante particolare, adattata cioè ad uno specifico modello di *diligens* (29), di quello che per Q.Mucio era l'*homo diligens* (D.9,2,31), di quelli che per Alfeno erano gli *homines frugi et diligentes* (D.18,6,12), di quello che per Celso era la *diligentia* che la *natura hominum desiderat* (D.16,3,32). Bisogna, allora, chiarire se l'accentuazione di un 'diligentissimo' *pater familias* avesse lo scopo di qualificare in modo particolare il *praestare*.

(26) B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip* cit., p. 24; ID., *Die Haftung für Verschulden* cit., in ZSS.39 (1918) R.A., pp. 177-178.

(27) R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 192.

(28) Vd. E. BETTI, *Istituzioni* cit., II,1, pp. 401-404; F.M. DE ROBERTIS, *Exactissima diligentia*, in SDHI.23 (1957), pp. 119 sgg.; ID., *La responsabilità contrattuale* cit., I, pp. 325 sgg.

(29) Vd. per questo rilievo ora C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., cap. III §6.

Dal punto di vista terminologico e grammaticale le parole usate non sollevano come tali dubbi di genuinità. Sempre Gaio nel suo commento all'editto provinciale nega che sia in colpa chi abbia fatto tutto ciò che l'« uomo diligentissimo » avrebbe osservato (« *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* » D.19,2,25,7); e, come abbiamo visto, richiede dal venditore la stessa custodia-sorveglianza che il « buon padre di famiglia » applica alle sue cose (« *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet* » D.18,1,35,4). La derivazione di tutte e tre le testimonianze dalla medesima opera gaiana, l'omogeneità terminologica, rafforzata dalle assonanze grammaticali (superlativo assoluto) e sintattiche (*talis... qualem*), dimostrano come vi sia un'idea unitaria di fondo, la quale risale proprio a Gaio, che distingue due modelli astratti di *diligentia*, idonei secondo i tipi di prestazione a fornire il criterio di giudizio: l'*homo diligens* e il *diligens pater familias* (30). Infine, l'unico altro passo del Digesto nel quale si parla del *diligentissimus pater familias* è di Ulpiano, che riporta la critica di Marcello a Giuliano (D.4,4,11,5).

Questi rilievi impongono, allora, di capire perché Gaio non parli soltanto di *diligentissimus* o della diligenza del *bonus pater familias*. Proprio il particolare contenuto del *praestare* del comodatario, che oltre alla *culpa* contiene anche la *custodia* come garanzia del furto avvenuto senza colpa, potrebbe aver condizionato la necessità di caratterizzare terminologicamente questa regola, una volta che si tenti una sintesi dei due distinti modelli del *culpam praestare* e del *custodiam praestare*. Lo sforzo, coerente alla prospettiva di D.13,6,18 pr. e probabilmente agli usi didattici dell'opera gaiana, compie un'operazione interpretativa che da un lato conserva il significato giuridico del 'rispondere' per furto del comodatario, e d'altro lato ne aggancia la logica ad un particolare modello di 'diligente'. Questo, però, non significa un appiattimento del *custodiam praestare* nella *culpa*, in quanto il furto della cosa comodata è un'eventualità scongiurata sempre e comunque dal *diligentissimus pater familias*, a differenza del *bonus pater familias* (D.18,1,35,4). Gli effetti del *custodiam praestare* e della diligenza del 'diligentissimo' *pater familias* sono nella sostanza gli stessi, in quanto il comodatario risponde anche del furto della cosa comodata avvenuto senza una sua colpa (31).

Non sfugge, peraltro, come in tal modo la colpa finisca per fornire la premessa dogmatica per riunire in un solo sistema il *praestare* contenuto nei diversi rapporti obbligatori. La tecnica del *culpae adnumerare* propria di Gaio (D.19,2,25,4; D.19,2,25,7; e per il *teneri ex lege Aquilia* D.9,2,8,1) dimostra indirettamente come oramai si guardasse alla colpa come termine di riferimento naturale per inquadrare e risolvere questo tipo di problemi. E ciò sia da un punto di vista positivo: oltre al comodato, nel significato particolare che abbiamo visto (*culpa* = *diligentissimus pater familias*), il giudizio sulla *culpa* è essenziale per Gaio nella società

(30) D'altronde sulla indiscutibile classicità nella lingua latina del criterio del *bonus pater familias* vd. W.W. Buckland, *Diligens pater familias*, in *St. Bonfante* II (1930), pp. 87 sgg.; ed ora I. Molnár, *Der Haftungsmaßstab des paterfamilias diligens im römischen Recht*, in *Vorträge gehalten auf dem 28.Deutschen Rechtshistorikertag (1990)*, Hrsg.: P. Neve-C. Coppens (1992), pp. 23-31. Sul rapporto tra *diligens pater familias* e *homo diligens* vd. già C. Fadda, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*, in *Atti R. Acc. Pont.* 32.1 (1901), pp. 143 sgg. [= in *Labeo* 14 (1968), pp. 73 sgg.], in particolare p. 168 [= p. 83].

(31) Per il Sargenti, invece, cercare di spiegare le diverse prospettive emergenti nei passi gaiani sopra visti, sarebbe in contrasto con la « insensibilità » che la giurisprudenza successiva, ed *in primis* Ulpiano, dimostrerebbe per il « nuovo corso di pensiero », il quale sarebbe stato « ignorato » da questo giurista in favore della conservazione del « vecchio modulo del *custodiam praestare* »; *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., in *Atti Sem. Probl. Contr.* cit., I p. 115. Al contrario, però, può notarsi come proprio nei commentari *ad edictum* di Ulpiano, ed in particolare nel lungo trattato sul *praestare* di D.13,6,5-7, il *custodiam praestare*, nel senso di responsabilità senza colpa per il furto e per il danneggiamento, venga ascritto dal giurista severiano al *praestare* cui incorre anche il 'diligente' (introducendo il problema per il comodatario: « *custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare* » § 5; introducendo il parere dei *veteres*: « *usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est...* » § 9), a conferma della risistemazione dell'intera problematica dei presupposti del *praestare* intorno ai concetti di dolo, *culpa* e *diligentia* (così D.13,6,5,2; *ad Sab.* D.50,17,23); vd. ora per un riesame della concezione ulpianea S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 207 sgg., sebbene con conclusioni parzialmente diverse.

(« *culpa = diligentia quam in suis* »; *l.rer. cott.* D.17,2,72 (32)), nella vendita (« *culpa* = *bonus pater familias* »; *ad ed. prov.* D.18,1,35,4; « *diligentia plena* »; *l.rer. cott.*D.18,6,2,1), nella locazione (« *culpae adnumerare* »; « *culpa* = *diligentissimus* »; *ad ed.prov.* D.19,2,25,4 e 7); sia da un punto di vista negativo come nel deposito (*l.rer. cott.* D.44,7,1,5) (33).

I « casi irresistibili » rappresentano, in questo sistema, il limite naturale del *culpam praestare*, limite che come regola generale subisce solo due eccezioni: quella della diversa volontà delle parti e quella della *culpa praecedens*.

Il passaggio tra il sistema di Celso e Giuliano (*dolum, culpam, diligentiam, custodiam praestare/ casus non praestare*) e quello della *regula iuris* di D.50,17,23 (*dolum, culpam, diligentiam praestare/ casus a nullo praestantur*) sembra, allora, attraversare le aule di insegnamento, nelle quali il *custodiam praestare*, nel significato di garanzia per il furto e per il danneggiamento della cosa anche se accaduti senza colpa, si sposa con le esigenze di sintesi legate alla didattica, sì da favorire ricostruzioni tese ad accentuare le 'corrispondenze' tra i diversi contenuti del *praestare*, piuttosto che le 'differenze'. Il maestro di diritto cerca di fornire un quadro il più possibile omogeneo e riconducibile a poche e precise regole, dalle quali dedurre i principî per le soluzioni dei casi concreti (34). Tale sforzo di sistematizzazione, che favorisce

(32) Cfr. a riguardo H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis* cit., in *Festschr. Kaser* (1976), pp. 272 sgg. per il quale, peraltro, si avrebbe una differenza tra Celso e Gaio, in quanto per il primo la *d.q.i.s.* sarebbe un particolare dolo (relativo), mentre per il secondo un tipo di colpa; vd. però opportunamente F. MERCOGLIANO, *Diligentia quam in suis* cit., in *Index* 19 (1991), pp. 382-384; cfr. altresì *supra* VIII, 1, pp. 433 sgg.

(33) Contro la non genuinità di quest'ultimo passo, tratto dalle *Res cottidianae*, si può ora accentuare il ricorso di un « *tópos* » linguistico gaiano, quel *de se quaeri debet* che, oltre che ricorrere in numerosi passi della stessa opera (D.17,2,72; D.18,6,16) è presente anche nel commentario *ad edictum provinciale* (D.2,13,10,3). Salvo voler ipotizzare che l'intervento dei compilatori abbia « accidentalmente » determinato una tale coerenza stilistica, non rimane che riconoscere come vera la paternità gaiana del frammento in esame; sul punto vd. TH. MAYER-MALY, *De se quaeri debet* cit., in *Festschr. Kaser (70.G.)* (1976), pp. 229 sgg. in particolare pp. 236-249.

(34) Vd. in questo senso M. VILLEY, *Recherches sur la litterature didactique du droit romain*, Paris (1945), Sirey, pp. 25 sgg.; M. FUHRMANN, *Das systematische*

la maturazione di una espressione unitaria (*diligentissimus pater familias*) di aspetti diversi del *praestare* del comodatario (*culpam praestare; custodiam praestare*), lascia intravedere difficoltà e tensioni, rispetto al quadro che la tradizione offriva, e che a sua volta guida l'approfondimento delle questioni attinenti al *praestare* nella direzione esclusiva della *culpa*, approfondimento direttamente proporzionale al grado di problematicità o di sintesi a cui tende l'opera giuridica scritta, e che risulta essenziale per la risistemazione della materia che incontriamo in Ulp. l.29 *ad Sab.* D.50,17,23.

Lehrbuch, Göttingen (1960), pp. 185 sgg.; S. SCHIPANI, *Andrés Bello romanista-istituzionista*, in *Sodalitas Scr. Guarino* 7, pp. 3424 sgg.

CONSIDERAZIONI FINALI

A. *Profili da segnalare e problemi aperti*.

Gli studi e gli approfondimenti, fatti da parte della romanistica intorno ai problemi della 'responsabilità' contrattuale nel diritto romano postgaiano, giustificano per ora i limiti cronologici di questo contributo (1), con il quale si è cercato di cogliere alcuni aspetti ed alcuni problemi legati all'inadempimento nella giurisprudenza romana dal II sec. a.C. al II sec. d.C., ed in particolare l'emersione di un significato del *praestare* in caso di inadempimento che rimanda al 'rispondere' del debitore.

Ciò non significa che non rimangano aperti alcuni problemi, collegati ad es. alla tendenza, che sembra emergere proprio nel III sec. d.C., ed in particolare in Paolo, diretta ad ampliare il campo di applicazione del ricorso alla terminologia del *praestare*, anche rispetto a profili dell'*actione teneri* non esclusivi dell'àmbito *lato sensu* 'contrattuale' (2). Al di là, comunque, dell'impressione segnalata, il filone tradizionale, proprio anche di Ulpiano, vede in sostanza il problema tecnico dei contenuti del *praestare*, come il problema del 'rispondere' contrattuale, sì da trovare espressione essenzialmente in questo àmbito in termini di *dolus*, *culpa* e *diligentia* (D.50,17,23).

---

(1) Sulla sintesi ulpianea vd. ora S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit.; per il diritto postclassico C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit., (pross. pubbl. in *Iura* 43-44), cap. III § 15-16-17-18; per il diritto bizantino D. Nörr, *Die Fahrlässigkeit im bizantinischen Vertragsrecht* cit.; per il sistema giustinianeo della 'responsabilità'; F.M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., I-II.

(2) Paolo parla di: *dolum... praestare debere* in tema di *lex Aquilia* (l.10 *ad Sab.* D.9,2,31); di *culpam praestare debere* in tema di Editto *de effusis vel deiectis* (l.19 *ad ed.* D.9,3,6,2); di *culpa et dolus praestari* in tema di *actio finium regundorum* (l.23 *ad ed.* D.10,1,4,2); di *dolum...et culpam praestare debere* in tema di *actio familiae erciscundae* (l.23 *ad ed.* D.10,2,25,16).

Il quadro che si è ricostruito sembra confermare l'ipotesi, espressa in un recente lavoro, della classicità sostanziale proprio della *regula* di D.50,17,23, dove Ulpiano, con uno sforzo di sintesi particolarmente significativo, riconduce i contenuti del *praestare* al *dolus*, alla *culpa* e alla *diligentia*, escludendo, salvo il principio dispositivo, i *casus fortuiti* (3). Quella che è stata la sua storia riemerge, con numerose particolarità e sfumature, nei diversi contenuti del *praestare* che sono stati esaminati, rispondendo pienamente alla qualificazione che i giustinianei ne danno in termini di *ius antiquum*.

La questione, peraltro, non ha avuto uno sviluppo lineare, ed anzi sono emerse spesso interruzioni e contrasti tra le concezioni dei diversi giuristi, a volte sfocianti in un vero e proprio *ius controversum*. La difficoltà della maturazione di una *regula* in materia è particolarmente evidente nella peculiarità delle impostazioni di giuristi come Servio Sulpicio Rufo, Antistio Labeone e Proculo, i quali, pur inserendosi in un dibattito che aveva già fissato come regola in molti rapporti obbligatori il *culpam praestare* (Q.Mucio), vengono ad arricchire di molto il quadro delle soluzioni. La discussione che ne scaturisce, e che sembra coinvolgere inizialmente le due scuole di diritto a Roma, trova in Sabino il fautore di una maggiore chiusura rispetto alle nuove strade proposte e di un ritorno alle posizioni muciane. Il risultato di questa discussione (Celso e Giuliano; Gaio) ci propone un *praestare* delimitato dai « casi fortuiti », e costruito essenzialmente sulla *culpa*, la quale, proporzionalmente alla sua capacità di attrarre nuove ipotesi, permette di mantenere una 'dinamicità' nel modo di risolvere i problemi che si presentano. Su una tale concezione, fatta propria dai giustinianei (D.50,17,23), affonda le sue radici la distinzione moderna tra problema della 'responsabilità', come problema di imputazione per dolo e colpa dell'inadempimento, e problema del 'rischio', come problema dell'accollo dell'inadempimento non dovuto ad una colpa, la quale, però, potrebbe impedire, se applicata rigidamente nella interpretazione delle fonti che testimoniano la maturazione di questa regola nel-

(3) Vd. S. Tafaro, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 309 sgg.

l'àmbito dei contenuti del *praestare*, la ricostruzione delle diverse concezioni dei giuristi romani, proprio in quanto queste ultime non si omologano sempre nel modello espresso dalla *regula* di D.50,17,23.

B. *Sintesi dei risultati rispetto al generale 'rispondere' contrattuale.*

Il problema della 'responsabilità contrattuale', cioè della 'rispondenza' del debitore al creditore per l'inadempimento della propria obbligazione, è visto dai romani in modo non unitario. Essi, a riguardo, avrebbero tenuto distinti diversi profili, coerentemente alla varietà di genesi dei rapporti obbligatori nel diritto romano, a seconda delle epoche e del tipo di obbligazione, sì da esprimere vari filoni che condizionano talvolta la stessa disciplina dei codici moderni nella quale convivono tendenze sistematiche (si pensi al rapporto problematico tra art. 1176 e 1218 del cc. it. del 1942 in relazione al pr. *culpam et diligentiam praestare* emerso nei rapporti obbligatori del *novum ius civile* e del *ius honorarium*, ed a quello della *impossibilitas*, proprio del *rem dare oportere*, nato da *stipulatio*) e profili collegati alla 'tipicità'.

Nel diritto romano la prima apparizione del problema del 'rispondere' per inadempimento si collega alla regola dei *veteres* sulla *perpetuatio obligationis*, formatasi in relazione all'*oportere* avente ad oggetto la dazione di cose specifiche. In questo caso, quando la mancata dazione fosse riconducibile ad un *factum promissoris*, quest'ultimo qualificato già come *culpa*, si rendeva 'perpetua' l'obbligazione e quindi inestinguibile fino all'adempimento satisfattivo del *rem dare oportere*. La difficoltà della effettiva inesistenza della cosa per il sopravvenuto perimento si superava considerando la cosa stessa, ai fini della *condemnatio*, come ancora esistente (D.45,1,91,3).

A questo, che può considerarsi il quadro più antico, viene a sovrapporsi un nuovo modo di valutare l'inadempimento nei rapporti obbligatori che dal II sec. a.C. vengono tutelati nel *ius civile* in termini di *oportere ex fide bona*, e nel *ius honorarium* attraverso la diretta previsione della prestazione dovuta nelle *formulae in factum conceptae*. Proprio a questo nuovo modo di

giudicare l'inadempimento è stata dedicata la mia ricerca, la quale ha cercato di precisare i termini storici e dogmatici dell'emersione del *praestare*, nel senso di *stare praes*, di 'star garante', come oggetto di queste obbligazioni, il che, come abbiamo visto, viene ad esprimere il 'rispondere' del debitore (cfr. Introduzione. 1 e cap. II) .

La scelta di far precedere a questa analisi un'indagine particolare dei formulari d'asta catoniani (cap. I), è stata dettata dalla necessità di valutare i profili legati all'inadempimento rispetto ad 'obblighi' non tutelati come *oportere* derivante da *stipulatio*, e non ancora come *oportere ex fide bona* in base al semplice accordo. Si è così cercato di cogliere alcuni indizi relativi ai profili del 'rispondere' per inadempimento in un'età precedente al riconoscimento del *praestare*, che, per così dire, fissassero un termine *a quo* credibile, superando la superficiale considerazione, non provata rispetto a rapporti obbligatori nati da atto lecito, che in origine vi fosse una 'responsabilità' assoluta per l'inadempimento, e che solo in un secondo momento si sarebbe avuta un'evoluzione in termini di giudizio sulla *culpa*.

Questa concezione ricostruttiva, collegata ad un famoso contributo del Jhering (vd. Introduzione. 2.B), risulta smentita proprio dall'analisi delle clausole dei formulari catoniani, attraverso le quali è possibile individuare le ipotesi prodromiche dei criteri d'imputazione dell'inadempimento di 'obblighi' di restituzione di cose specifiche e di protezione delle cose altrui in condotte (descritte dai verbi *frangere* e *dare*) commissive e direttamente causanti il perimento della cosa oggetto della restituzione o del divieto del non danneggiamento (cap. I).

Ci si muove in sostanza entro il panorama concettuale: del testo della legge Aquilia (*damnum facere, urere, frangere, rumpere*), sebbene si colgano le prime precisazioni in relazione all'attività concordata entro cui si produce il danno; e della *culpa = factum promissoris* dei *veteres* in materia di *rem dare oportere*.

A questo quadro, collocabile intorno al III-II sec. a.C., segue l'emersione di un *praestare* nel significato di *stare praes* (per i problemi etimologici vd. II.1), in relazione ai nuovi rapporti

obbligatori del *ius civile* e del *ius honorarium*. Si hanno a riguardo due àmbiti specifici di uso del verbo in questo significato: da un lato si promette con *stipulatio* di 'stare garante' rispetto a modi d'essere della cosa venduta (vd. II.2). Tale promessa originariamente sembra impegnare il promittente ad assumere in prima persona o a far assumere ad altri la 'condizione di *praes*', nel senso di garante processuale, rispetto alla possibile azione esperita da un terzo contro il compratore per i danni arrecati dall'animale prima della vendita (*noxis praestari spondes*?). Successivamente il *praestare* verrà promesso rispetto all'esistenza delle qualità e all'assenza dei vizi della cosa venduta nella loro globalità, avendo assunto oramai il significato di 'stare garante' in senso lato (cap. II.3).

D'altro lato, a questo primo àmbito semantico (che può farsi risalire al II sec. a.C.) si aggiunge un *praestare* che non si promette esplicitamente, ma che viene considerato dalla *iurisprudentia* della seconda metà del II sec. a.C. come contenuto dell'*oportere* o dell'obbligo tutelato con azione fondata sulla *iurisdictio* pretoria. Tale riconoscimento avviene rispetto a rapporti obbligatori tutelati come: *reddere oportere* fondato sul *bonum et aequum* (*aequius melius*) (*actio rei uxoriae*; II.4, B); *quidquid dare facere oportere ex fide bona* (*actio empti*; II.4, C); *reddere* (*actio commodati in factum*; II.4, D).

In particolare, l'interpretazione del contenuto dell'obbligazione, una volta avvenuto l'inadempimento, sembra condurre, a differenza della logica della *perpetuatio obligationis*, a non parlare di *reddere oportere*, di *quidquid dare facere* etc., ma di *praestari* (*oportere*). Tale risultato non è peraltro automatico, ma al contrario lo 'star garante', fondante l'*actione teneri*, trova una sua premessa nell'indagine della condotta del debitore (*dolus, culpa* = non solo come effetto del rimprovero di una condotta commissiva e diretta, come per il *frangere* e il *dare* dei formulari catoniani, o come per il *factum promissoris* dei *veteres*, ma anche giudizio di un comportamento che non può considerarsi doloso, ma ciononostante degno di rimprovero vd. II.4, B) o in ipotesi tipiche di perimento o di scomparsa della cosa (*custodiam praestare*).

Si fissano così le premesse per una riconsiderazione dei contenuti del *praestare* fin dalla giurisprudenza tardorepubblicana,

superandosi la limitata prospettiva della fase interpolazionistica degli studi romanistici e della ricostruzione non articolata della maturazione della *regula iuris* in materia di D.50,17,23 (*dolum et culpam* ⟨*diligentiam*⟩ *praestare/ casus a nullo praestantur*), che così tanto peso ha per la tradizione giuridica successiva.

È sembrato possibile, in particolare, ad un riesame delle fonti esistenti, cogliere alcuni più specifici contributi nella formazione di questa regola, venendosi ad evidenziare uno sviluppo, peraltro non lineare, ma controverso e discusso, che ha condotto alla sua maturazione.

Così Q.Mucio Scevola sembra aver riconosciuto la *culpa* come contenuto del *praestare* in una serie di rapporti obbligatori tutelati attraverso la *iurisdictio* del pretore (comodato) (III, 2) o come *oportere ex fide bona* (vendita, *negotiorum gestio*, tutela-protutela) (III, 3,4,5). L'acquisizione di una regola (*culpam praestare*) la cui applicazione ha già con questo giurista una certa estensione, si arricchisce anche di un profilo strettamente dogmatico della *culpa*, la quale per Q.Mucio sarà individuata non solo quando qualcuno abbia posto in essere una condotta commissiva e diretta, o quando la condotta non dolosa sia concretamente degna di rimprovero, ma anche quando essa si sia allontanata dall'astratto modello dell'uomo diligente (III, 6).

Con i giuristi successivi a Q.Mucio Scevola sembrano aprirsi nuove strade nella soluzione dei problemi collegati all'inadempimento, sì da arricchire l'applicazione della regola già acquisita del *culpam praestare* con dei criteri che da quella prescindono.

Con Servio Sulpicio Rufo e alcuni suoi allievi, l'attenzione del giurista sembra concentrarsi maggiormente sui profili socio-economici del contenuto dell'obbligazione nata dallo specifico contratto. In particolare, il potenziato ed ampliato ricorso a modi di concedere in uso proprie cose, rispetto ad attività produttive e commerciali come la produzione agricola ed il trasporto marittimo, viene ad evidenziare una tendenza ad adeguare il *praestare* del contraente e i suoi limiti all'attività che deve svolgere. Così il *colonus* (*colere*) (IV,1, B; C), così il *nauta* (*vehere*) (IV,1, D). L'elaborazione di questi criteri, che, data la premessa da cui partono, non sono suscettibili in positivo di ricondursi ad un criterio unitario, viene, in negativo, ad evidenziare un elemento comune: l'impossibilità di porre a carico del debitore-non proprietario della cosa il suo perimento dovuto ad una 'forza' irresistibile ed esterna (*vis*). A questa regola si contrappone, però, un modello del *praestare oportere* virtualmente illimitato, quello cioè del debitore-proprietario della cosa al momento del suo perimento. In particolare, il locatore del fondo agricolo, obbligato a *frui praestare*, è tenuto a rispondere anche per la *vis* che colpisce il raccolto (IV,1, B); così, forse, il conduttore di merci di genere confuse tra loro nel carico, e per ciò considerate dal giurista come passate nel *dominium* del conduttore stesso (cd. locazione irregolare), poteva rispondere del perimento di esse nel naufragio (IV,1, D, c).

Questa logica sembra permettere anche di mitigare la regola del *periculum emptoris*, applicata con maggiore o minor rigore già nelle vendite del II-I sec. a.C. (vd. cap. I,7,C; cap. III,5), in quanto il venditore, in ipotesi particolari, potrà accollarsi una serie di pericoli (e non 'ogni tipo di pericolo') fino alla effettiva consegna della cosa, sebbene non vi sia una condotta qualificabile con certezza come *culpa*, proprio grazie all'accentuazione del suo rapporto proprietario con essa fino a quel momento (IV,2, C-D).

Così anche in materia di comodato, Aufidio Namusa, allievo di Servio, ritiene che la morte dello schiavo tinteggiatore, caduto dal ponteggio, è come tale a carico del comodante-proprietario, in quanto rientra nei pericoli propri dell'attività dello schiavo stesso (IV,4).

Tutto questo non significa comunque l'abbandono della regola del *culpam praestare* (vd. per esempio nella vendita IV,2, B; nel pegno IV,3), ma solo un ampliamento delle logiche proprie del giudizio sulla *culpa*, attraverso regole che arricchiscono le possibilità di riconoscere un *praestare* debitorio prescindendo da quella e ricorrendo a logiche diverse (IV,5).

Questa strada, intrapresa da Servio Sulpicio Rufo, e seguita da alcuni suoi allievi (Alfeno Varo e Aufidio Namusa), trova ulteriore approfondimento in Labeone. Questo giurista, come i precedenti, preoccupato e condizionato più dagli stimoli prove-

nienti dalla prassi e dalla riflessione su questa, che dal fornire un quadro unitario e sistematico del problema, elabora un 'modello' articolato del 'rispondere' per inadempimento nella prospettiva unitaria della soggezione all'azione dell'altro contraente (*actione teneri*). In particolare egli da un lato aggancia i contenuti del *praestare* debitorio al dolo, alla *culpa* e alla custodia (V,2; V,3, C; V,4, D-E-F; V,4, I; V,5, A-C), e d'altro lato individua una serie di ipotesi in cui il contraente è soggetto all'azione della controparte, pur non versando in una di queste situazioni. Si tratta in sostanza di individuare dei pericoli determinati che, a prescindere dalla proprietà del bene, sono contenuti *in re ipsa*: a) nell'attività che ci si impegna a svolgere per contratto; b) nella posizione contrattuale che si assume; c) nell'iniziativa negoziale che sottintende un interesse alla conclusione dell'affare. Così la frana del canale costruito ma non collaudato per chi è *opus faciendum obligatus* (V,4,A); così la morte del servo trasportato per mare per il *navicularius* (V,4, B); così, i pericoli attinenti alla cosa acquistata che non sono imputabili a colpa del venditore e quelli che l'acquirente deve ragionevolmente aspettarsi in base ad una valutazione di ciò che accade di consueto (IV,3, B-C-D); così infine, entro rapporti obbligatori nati da accordi non ascrivibili ad uno dei tipi contrattuali esistenti, ogni pericolo che la cosa corre in conseguenza della proposta negoziale che si è fatta, indice di un preponderante interesse alla conclusione del futuro contratto tipico, di fatto non perfezionato (V,5, A-B).

Altresì, vi è la possibilità di riconoscere un *actione teneri* anche rispetto a quegli inadempimenti imputabili al debitore come 'causa' sebbene la sua condotta non sia, come tale o con sicurezza, ascrivibile a *culpa* (V,4, G-H; cfr. a riguardo i problemi interpretativi della formulazione dell'art. 1218 cc. it. del 1942).

Questo modello, maturato con Labeone, evidenzia, come già quello di Servio, delle forti differenze e anomalie rispetto a quello della regola di D.50,17,23, venendo a rappresentare una via diversa, di cui non rimangono che alcuni indizi, ridimensionata nelle epoche posteriori nel modello che la compilazione offre quale 'regola' in materia. Per i secoli successivi, infatti, la dinamicità impressa alle soluzioni in materia di inadempimento dai

modelli serviano prima, e labeoniano poi, viene solo in parte mantenuta, e ciò attraverso il potenziamento del valore semantico di *culpa* a cui si ascrivono nuovi comportamenti del debitore.

Ciò non toglie, del resto, che all'inizio del I sec. d.C. le due scuole di diritto di Roma si trovino su posizioni differenziate: da un lato Proculo, che, mantenendo la regola del *culpam praestare*, ritiene si possa riconoscere comunque, in base alle particolari modalità dell'assunzione del vincolo e del contenuto di esso, un *praestare* non necessariamente limitato al *dolus et culpa*, ma contenente talvolta anche il 'caso fortuito' (VI,1-2-3); d'altro lato Sabino, accentuando forse un contenuto normativo del *ius* come 'ordine naturale delle cose', ritiene che, sia rispetto a rapporti obbligatori tutelati come *oportere ex fide bona*, sia rispetto a rapporti obbligatori tutelati esclusivamente attraverso la *iurisdictio* del pretore, si debba riconoscere un *praestare* delimitato sempre e comunque dalle ipotesi di 'forza maggiore' (rispetto al secondo tipo di obbligazioni facendo perno sull'*aequitas*) (VII,1-2-3-45).

Questa *dissensio*, che sembra coinvolgere i maestri delle prime due scuole di diritto, si trova già sopita nel II sec. d.C., ed in particolare sia Celso che Giuliano conoscono soltanto un contenuto delimitato del *praestare* (*dolus, culpa* ⟨*diligentia*⟩, *custodia*), che esclude sempre e comunque la forza maggiore ed il caso fortuito (capp. VIII-IX).

Il contributo di questi giuristi opera, invece, su un piano più strettamente dogmatico, attraverso l'ampliamento delle condotte ascrivibili a *culpa* (ad es. Celso: *imperitia*→*culpa*) (VIII,1, C), e l'acquisizione, come limite unitario del *praestare*, dei 'casi fortuiti' (Giuliano) (IX, 1).

Il quadro offerto per questo periodo dimostra come, nella sostanza, fosse già maturata nel diritto classico la regola di D.50,17,23, salvo che per l'autonomia, fino ad allora mantenuta, del *custodiam praestare* rispetto alla *culpa* e alla *diligentia*. L'ultimo passo in questa direzione sembra trovare una particolare spinta nelle aule di insegnamento, dove lo sforzo di fornire un quadro il più possibile omogeneo e riconducibile a poche e precise regole, condizionato dalla elaborazione di opere didattiche, si

accompagna ad una riformulazione della logica del *custodiam praestare*, nel senso di 'star garante' per alcune ipotesi di perimento e perdita della cosa anche in assenza di una *culpa*, come espressione del *praestare* del *diligentissimus pater familias* (Gaio; cap. X). Ciò però non determina uno svuotamento della peculiarità giuridica del *custodiam praestare* rispetto al *culpam praestare*, ma solo una sua applicazione in una prospettiva diversa, quella appunto di un particolare modello di 'diligenza'. Così, mentre il *bonus pater familias* non garantisce l'altro contraente per il furto accaduto *sine culpa* (X,2), il *diligentissimus pater familias* si (X,3).

Non c'è dubbio, comunque, che proprio questa deve essere stata la via che ha portato in epoca postclassica e poi giustinianea a considerare anche questo tipo di problema come un problema di *diligentia* applicata *in custodiendo*, facendo perdere, mano a mano, la peculiarità del *custodiam praestare* rispetto al *culpam praestare*.

Riemergono in questo modo alcuni indizi della storia di una parte del problema del 'rispondere' contrattuale nel diritto romano, quella relativa al *praestare*, che indubbiamente non esaurisce tutti i problemi a questa afferenti, ma che, data l'ampiezza dei rapporti obbligatori per i quali matura, e il risultato che dalla riflessione su di essi si è avuto (così carico di significati per lo stesso diritto codificato dei paesi con tradizione romanista), assume una fondamentale importanza.

Nella valutazione dei singoli modelli che ho ritenuto di poter ricostruire, proprio quelli che alterano, arricchendolo, il quadro della regola di D.50,17,23, mi sembrano particolarmente significativi, in quanto si acquista tramite essi una ricchezza di prospettive, di cui non sfugge la grande importanza oltre che storica, altresì dogmatica. Questa importanza è evidente rispetto a interpretazioni attente e sensibili alla tradizione giuridica di cui partecipano, e a momenti normativi non sempre omogenei che offre la disciplina codificata e non, i quali risentono, nell'àmbito dei singoli 'tipi' di rapporti obbligatori, di una disciplina non ascrivibile tutte le volte ad una regola unica fondante l'intero sistema.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Fonti pregiustinianee

ISBN 88-14-[illegible]

II UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Sezione di Storia e Teoria del Diritto

1

RICCARDO CARDILLI

L'OBBLIGAZIONE DI « PRAESTARE » E LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE IN DIRITTO ROMANO

(II SEC. A.C. - II SEC. D.C.)

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1995